



CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 673/2014

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 29 de septiembre de 2014

EL PRESIDENTE,



CONSEJO DE ESTADO  
REGISTRO GENERAL

30 Sep. 2014

Número: 673/2014 Hora: 09:51

SALIDA

EXCMO. SR. MINISTRO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 673/2014

**SEÑORES:**

Romay Beccaría, Presidente  
Lavilla Alsina  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Herrero y Rodríguez de Miñón  
Ledesma Bartret  
Aza Arias  
Manzanares Samaniego  
Fernández de la Vega Sanz  
Alonso García  
Rodríguez Zapatero  
Blecua Perdices  
Oreja Aguirre  
Peña Pinto  
Torres-Dulce Lifante  
Carnicer Díez  
Díez-Picazo y Ponce de León  
Silva de Lapuerta  
Pendás García  
Valcárcel Bernaldo de Quirós  
Laborda Martín  
Tocino Biscarolasaga  
Silva Sánchez  
Ortega y Díaz Ambrona  
Rodríguez Ibarra  
Michavila Núñez  
Palacio Vallelersundi  
Cava de Llano y Carrió  
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,  
Secretaria General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 25 de septiembre de 2014, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden comunicada de V. E., de 24 de junio de 2014, con registro de entrada del día 25 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

De antecedentes resulta:

PRIMERO.- Contenido del Anteproyecto

El Anteproyecto de Ley para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial que constituye el objeto del expediente remitido a este Consejo (citado también, abreviadamente en lo sucesivo, como el "Anteproyecto") está fechado el 18 de junio de 2014 y viene precedido de dos borradores de 3 de octubre y 8 de noviembre de 2013.

El Anteproyecto consta de una exposición de motivos, catorce artículos, una disposición transitoria y cinco disposiciones finales.



La exposición de motivos se divide en cinco apartados relativos a (i) los bienes culturales inmateriales; (ii) la legislación española; (iii) los compromisos internacionales; (iv) la competencia del Estado y (v) audiencia y consultas.

Por lo que se refiere a los bienes culturales inmateriales, comienza señalando que el concepto de patrimonio cultural ha seguido un ininterrumpido proceso de ampliación a lo largo del último siglo y que de lo artístico e histórico y de lo monumental como valores y tipologías centrales, ha pasado a incorporar también otros elementos que integran una nueva noción ampliada de la cultura. Argumenta la exposición de motivos que *"sin perjuicio de que, en esencia, en todos los bienes culturales hay un componente simbólico no tangible y que la imbricación entre lo material e inmaterial es profunda y, en muchos casos, inescindible, la conformación externa de los soportes a través de los que se manifiesta el patrimonio cultural es lo que permite esa distinción entre lo material e inmaterial como asuntos singulares y distintos"*. Todo ello, prosigue la parte expositiva, comporta fórmulas y técnicas jurídicas claramente diferenciadas a la hora de su protección. Mientras en la protección de los primeros prima la "conservación" del bien en su configuración prístina y en su ubicación territorial (sobre todo en los de carácter inmueble), en los segundos destaca una acción de "salvaguardia" de las prácticas y de las comunidades portadoras con el fin de preservar las condiciones de su intrínseco proceso evolutivo.

La exposición de motivos hace un estudio histórico sobre el patrimonio cultural inmaterial atendiendo a los primeros estudios etnográficos y antropológicos, en los últimos años del siglo XIX, que impulsaron el florecimiento del interés hacia las formas de expresión de la cultura tradicional; sin embargo, *"a diferencia del patrimonio histórico material, el ahora llamado patrimonio inmaterial no llegó a disfrutar, durante la mayor parte de dicho siglo, un lugar adecuado en el sistema de protección jurídica del patrimonio (...) La inserción de las manifestaciones culturales inmateriales en el ordenamiento jurídico es un hecho nuevo, que sólo ha empezado a tomar cuerpo en las últimas décadas, al compás de su creciente apreciación social"*. A este respecto, la exposición de motivos alude al proceso de renovación jurídico doctrinal sobre el patrimonio cultural, recordando la aportación en Italia, en la década de los años

QR



setenta del siglo precedente, de la llamada Comisión Franceschini y de la construcción doctrinal del iuspublicista Giannini, que proponen un nuevo concepto amplio y abierto de bienes culturales como *"todos aquellos que incorporan una referencia a la Historia de la Civilización forma parte del Patrimonio Histórico"*.

A continuación, la exposición de motivos se refiere a dos bloques, la legislación española y los compromisos internacionales.

En cuanto a la legislación española se indica que los bienes culturales inmateriales apenas fueron contemplados en las primeras normas generales del patrimonio cultural, siendo la Constitución española de 1978 la que ofrece un marco conceptual ya claramente receptivo al patrimonio inmaterial. A continuación, la exposición de motivos alude a la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español como el texto que comienza a considerar explícitamente los valores inmateriales anunciados en la Constitución, en la invocación a los "conocimientos y actividades", en el seno del patrimonio etnográfico, como nuevo objeto de protección. Igualmente, la normativa autonómica sobre patrimonio histórico o cultural aprobada entre los años 1990 y 2013 ha venido incorporando, con diferentes fórmulas y denominaciones, los bienes culturales inmateriales. Y por lo que se refiere a este bloque, termina la exposición de motivos recordando que, los bienes culturales inmateriales se han hecho visibles en los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en los iberoamericanos, citando diversas Constituciones.

En lo atinente a los compromisos internacionales, la exposición de motivos reconoce que el impulso más decisivo del patrimonio inmaterial se sitúa en el Derecho internacional, fundamentalmente en la acción de la UNESCO, que culmina en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 17 de octubre de 2003, aunque cita otros antecedentes previos -la Convención de 1972, del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; la Conferencia de Accra, en 1975, referida al ámbito africano; la Conferencia celebrada en Bogotá, en 1978, que pone el acento en el rescate y salvaguardia del patrimonio vinculado a la identidad de los pueblos y a su autenticidad; la Conferencia Intergubernamental sobre políticas culturales, organizada por la

Q



UNESCO en México, en 1982; las Conferencias de la UNESCO en 1988 y 1989 sobre la salvaguardia del folklóre; la Conferencia de Washington, en 1999, que se refiere a otras alternativas como el "patrimonio oral", "conocimientos y destrezas tradicionales", "patrimonio intangible" y "formas de saber, ser y hacer"; o la Declaración adoptada en Estambul, el año 2002, sobre "patrimonio cultural inmaterial".

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ratificada por España en el año 2006, ha sido seguida de otros instrumentos internacionales de carácter regional; en concreto, la exposición de motivos se refiere a la Carta Cultural Iberoamericana aprobada en la XVI Cumbre Iberoamericana celebrada en Montevideo en 2006, que incluye numerosas referencias a este tipo de patrimonio inmaterial.

El apartado IV de la exposición de motivos se refiere a la "Competencia del Estado" y comienza señalando que la Constitución española incorpora, en materia de cultura, un sistema competencial complejo y con reglas de una densa especificidad sin parangón en otras materias. A continuación, justifica la norma proyectada, desde este punto de vista competencial, señalando los siguientes objetivos:

- i. La posibilidad de la regulación que pretende esta norma viene amparada en la doctrina del Tribunal Constitucional (se citan las Sentencias 17/1991 y 49/1984, según las cuales la "integración de la materia relativa al patrimonio histórico-artístico en la más amplia que se refiere a la cultura permite hallar fundamento a la potestad del Estado para legislar sobre aquélla", dado que la competencia del Estado habrá de desplegarse "en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias"). Así, *"la presente Ley [en proyecto] no pretende otra cosa que ofrecer un 'tratamiento general' de una materia necesitada de ello, dado que, como se ha explicado, el patrimonio cultural inmaterial ha conocido en las últimas décadas un notable florecimiento conceptual así*



*como en la conciencia social y, sobre todo, en el ordenamiento jurídico internacional*. Ello no impide, prosigue la exposición de motivos, que las Comunidades Autónomas; en virtud de la regla de concurrencia normativa que las ampara, puedan dictar asimismo sus regulaciones específicas sobre la misma materia.

- ii. En segundo lugar -continúa la exposición de motivos-, la Ley proyectada asume la tarea de *"promover la puesta en valor de la cultura común, en tanto el artículo 149.2 de la Constitución Española encomienda al Estado, sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas, con gran énfasis y palabras marcadamente imperativas sin parangón en el conjunto de la Constitución Española, proveer el servicio de la cultura como una tarea fundamental"*. Sobre la concurrencia competencial, la exposición de motivos reproduce una extensa cita de la Sentencia del Tribunal Constitución 49/1984 que señala que hay una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que *"más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente"*. Y se concluye en este punto señalando que la singular naturaleza del patrimonio inmaterial hace que existan bienes culturales que puedan ser acreedores a esa significación estatal, lo que no impide, en lo que puedan tener de manifestación cultural también específica autonómica o infraautonómica, que la Comunidad Autónoma correspondiente pueda declarar, mediante sus propios procedimientos y categorías de significación, esos mismos bienes en orden a preservar y poner en valor las expresiones o modulaciones particulares con que se manifiesten en su ámbito territorial.
- iii. La facilitación de la comunicación cultural es el tercero de los objetivos que trata de afrontar la Ley en proyecto, que implica dos planos de concreción, uno administrativo y otro substantivo.

Q



El primero tiene que ver con la colaboración interadministrativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la de éstas entre sí en materia de patrimonio histórico; y el segundo parte de que el conjunto de los poderes públicos deben promover, desde el acuerdo y el consenso, la comunicación, la valorización y el reconocimiento recíproco de la multiplicidad de valores y expresiones culturales que se dan en el Estado.

- iv. El último de los puntos a tratar con relación a la competencia del Estado por la exposición de motivos es la defensa del patrimonio inmaterial contra la expoliación y la exportación, invocando el artículo 149.1.28 de la Constitución. Dentro de esta acción protectora, en lo que se refiere a la expoliación, ha de ser concebida como un conjunto de actuaciones concretas de garantía final de preservación del bien cultural o de pérdida de su función social: *"la singular idiosincrasia de los bienes inmateriales hace que su defensa precise la modulación de las técnicas respecto de las propias del patrimonio material, ya previstas en la Ley del Patrimonio Histórico Español"*. En congruencia con ello, la Ley que se proyecta articula una nueva técnica específica de protección en favor del Estado que, siguiendo la pauta de la Convención de la UNESCO del 2003, se concreta en la inclusión del bien inmaterial afectado, no protegido o insuficientemente protegido, en una lista de bienes inmateriales en peligro en tanto no se produzca la debida acción ordinaria de protección que corresponda. Por lo que se refiere a la exportación, los bienes del patrimonio inmaterial plantean una notable peculiaridad, por lo que la defensa frente a la exportación ha de ceñirse estrictamente a aquellos supuestos en los que la salida hacia el exterior del soporte material que puede acompañar con frecuencia el bien cultural inmaterial privara, o desnaturalizara, el desenvolvimiento normal de la práctica cultural o el cumplimiento de su función social a través de la expresión de los valores de que es ésta portadora por su comunidad de origen.

D<sub>h</sub>



CONSEJO DE ESTADO

- 7 -

Finalmente, la exposición de motivos trata en el punto V –y último- el proceso de elaboración de la norma señalando que se ha seguido un amplio trámite de participación y consulta de organismos y entidades especializados y, en especial, de audiencia de las Comunidades Autónomas por la implicación que se deriva del complejo sistema de concurrencia competencial.

Por lo que hace a la parte dispositiva, el Anteproyecto consta de catorce artículos, integrados en cuatro títulos, que responden a la siguiente distribución de contenidos:

- i. El título I, bajo la rúbrica "*Disposiciones generales*", lo conforman los dos primeros artículos. El artículo 1 se refiere al objeto de la norma en proyecto ("*regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el Patrimonio Cultural Inmaterial, en sus respectivos ámbitos de competencias*"). El artículo 2 define el "*patrimonio cultural inmaterial*" enumerando los bienes que tendrán tal consideración ("*usos, culturas, tradiciones, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su Patrimonio Cultural*").
- ii. El título II ("*Régimen general del Patrimonio Cultural Inmaterial*") está integrado por los artículos 3 a 9.
  - El artículo 3 enumera los principios generales que deberán regir las actuaciones de los poderes públicos sobre los bienes del Patrimonio Cultural Inmaterial que sean objeto de salvaguardia.
  - El artículo 4 se refiere a la protección de los bienes materiales asociados, esto es, los lugares, espacios, itinerarios y los soportes materiales en que descansen los bienes inmateriales objeto de salvaguardia.
  - El artículo 5 trata de la adecuada difusión, transmisión y promoción de los bienes inmateriales objeto de salvaguardia que deberán garantizar las Administraciones



- públicas. Para ello promoverán la transmisión a las nuevas generaciones de los conocimientos, oficios y técnicas tradicionales en previsible peligro de extinción, apoyando y coordinando iniciativas públicas y privadas, y mediante la aplicación a estas actividades de medidas de fomento e incentivos fiscales que les puedan resultar de aplicación, en los términos que establezca la legislación vigente.
- El artículo 6 regula las medidas de carácter educativo, señalando que las Administraciones educativas y las universidades procurarán la inclusión del conocimiento y el respeto del Patrimonio Cultural Inmaterial entre los contenidos de sus enseñanzas respectivas y en los programas de formación permanente del profesorado de la educación básica.
  - El artículo 7 se refiere a las medidas de información y sensibilización que deberán llevar a cabo las Administraciones públicas.
  - El artículo 8 obliga a las Administraciones públicas a establecer las medidas que garanticen el acceso de la ciudadanía a las distintas manifestaciones inmateriales de la cultura "siempre que esas acciones no vulneren la esencia y características de los bienes ni los derechos de terceros sobre los mismos y sin perjuicio del respeto a los usos consuetudinarios de las mismas".
  - El artículo 9 alude a la comunicación cultural entre Administraciones Públicas.

- iii. El título III (artículos 10 a 12) trata de las competencias de la Administración General del Estado. El artículo 10, además de citar las competencias que le corresponde a la Administración General del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1, reglas 1ª y 28ª, y 149.2 de la Constitución Española, enumera una serie de funciones del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en colaboración con las Comunidades Autónomas). El artículo 11 señala que la Administración General del Estado tendrá competencias para declarar la protección y



adoptar medidas de salvaguardia respecto de los bienes del Patrimonio Cultural Inmaterial cuando concurren alguna de las circunstancias que se citan. Este precepto faculta al Gobierno para que, mediante Real Decreto, pueda otorgar una singular protección a los bienes culturales inmateriales mediante su "declaración como Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial". El apartado 4 del citado artículo 11 desarrolla el procedimiento de declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial. El artículo 12 determina que corresponde a la Administración General del Estado adoptar las medidas que resulten procedentes para la defensa frente a la exportación y la expoliación de los bienes materiales asociados.

- iv. Finalmente, el título IV trata de los instrumentos de cooperación y está integrado por los artículos 13 y 14.

El artículo 13 dice que el Gobierno aprobará el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial destinado a desarrollar con las distintas Administraciones Públicas una programación coordinada de actividades en función de las necesidades del Patrimonio Cultural Inmaterial a través de su Comisión de Seguimiento. El Plan tendrá una vigencia de diez años y se revisará transcurridos los cinco primeros. El artículo 14 se refiere al "Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial" que deberá proporcionar información actualizada sobre las manifestaciones que integran éste, a partir de la información estatal y de la suministrada por las Comunidades Autónomas.

Q  
En cuanto a las disposiciones del Anteproyecto, la disposición transitoria única se refiere a la vigencia del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Y respecto de las disposiciones finales:

- la primera modifica la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, a la que añade el siguiente inciso final al apartado 2 del artículo 1: "Asimismo, forman



- parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial”;
- la segunda señala que la norma proyectada se dicta al amparo de lo dispuesto en la regla 1ª, 3ª y 28ª del artículo 149.1 y del artículo 149.2 de la Constitución;
  - la tercera determina que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la norma que se proyecta ahora;
  - la cuarta señala que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor, la Administración General del Estado “iniciará los trámites necesarios para conseguir la plena transferencia al Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial de los datos que, referidos al patrimonio cultural inmaterial de las distintas Administraciones Públicas, obren actualmente en el Registro General de Bienes de Interés Cultural”;
  - y la quinta establece la entrada en vigor de la proyectada Ley el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

#### SEGUNDO.- Contenido del expediente

Además de la Orden comunicada de V. E., el Anteproyecto de Ley, la memoria del análisis de impacto normativa examinada en el antecedente tercero del presente dictamen, dos borradores previos y un índice numerado de documentos, integran el expediente los siguientes informes:

1. Diligencia de la Ministra de la Presidencia, como Secretaria del Consejo de Ministros, para hacer constar que el Consejo de Ministros, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su reunión del día 8 de noviembre de 2013, ha tomado conocimiento del Anteproyecto de Ley de protección del patrimonio cultural inmaterial.



CONSEJO DE ESTADO

2. Certificado de 30 de diciembre de 2013, de la Subdirectora General de la Oficina de Atención al Ciudadano, por el que se hace constar que el Anteproyecto ha sido sometido al trámite de información pública en el Portal del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, a los efectos de generar público conocimiento y poder aportar las consideraciones que se estimen oportunas por parte de los interesados en ello.

3. Nota de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico por la que se comunica que no se ha recibido ninguna observación en el trámite de información pública.

4. Informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 23 de enero de 2014, en el que se hacen una serie de observaciones al título de la norma y al impacto presupuestario de la memoria del Anteproyecto y se formulan una serie de consideraciones al preámbulo, a los artículos 3 y 4 y a la disposición final relativa al título competencial. Termina el informe advirtiendo que, dado el amplio alcance de la norma, que incluye un nuevo concepto de patrimonio inmaterial, en línea con la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO de 2003, "resulta previsible que la norma proyectada, en los términos propuestos, genere controversias competenciales con las Comunidades Autónomas".

5. Certificado de 17 de junio de 2014 de la Subdirectora General de Cooperación Cultural con las Comunidades Autónomas, por el que se hace constar que en la Comisión Técnica Sectorial de Asuntos Culturales, en la reunión de 15 de noviembre de 2013, se presentó el Anteproyecto de Ley para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

6. Informe de la Generalitat Valenciana, de 21 de noviembre de 2013, que hace una serie de observaciones al artículo 1 en el sentido que el Anteproyecto "rompe con la concepción y el enfoque unitario del patrimonio histórico o cultural". También formula una serie de observaciones con relación a los artículos 3, 6 y 7.

7. Informe del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, de 10 de diciembre de 2013, en el que, tras



CONSEJO DE ESTADO

examinar el contenido y la estructura del Anteproyecto, analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de cultura y patrimonio cultural y hace una valoración general sobre la concurrencia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas con relación a esta materia objeto de regulación y una serie de observaciones particulares a la exposición de motivos y a determinados preceptos del Anteproyecto (artículos 1, 3, 4, 7, 8, 11 y 12).

8. Informe de la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, que, como cuestión general, cuestiona el hecho de que no quede justificada la decisión de regular de manera independiente un ámbito del patrimonio cultural como es el patrimonio inmaterial. Seguidamente, formula una serie de observaciones concretas al articulado del Anteproyecto, principalmente al ámbito de la concurrencia competencial y a la "declaración de manifestación inmaterial de la cultura".

9. Informe de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno del Principado de Asturias que hace una serie de observaciones a tres artículos del Anteproyecto que están relacionados con la concurrencia competencial, considerando que "vulneran competencias exclusivas que tiene asumidas la comunidad autónoma del Principado de Asturias en materia de protección del patrimonio cultural".

10. Informe de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, 25 de marzo de 2014, que formula una observación general en relación con la terminología, con el concepto de patrimonio cultural inmaterial y con la oportunidad y competencia y diversas observaciones a la exposición de motivos y al articulado del Anteproyecto.

11. Informe de la Comisión de Seguimiento del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial con relación al Anteproyecto, en cumplimiento de la función de órgano informante que dicha Comisión tiene. El informe expresa la valoración del Anteproyecto realizada por las Direcciones Generales de Patrimonio de las Comunidades Autónomas representadas en el referido órgano. El informe hace las siguientes valoraciones: (i) con carácter general manifestaron su descontento con el proceso de tramitación de la norma de la que indicaron haber tenido conocimiento una vez fue aprobado el



CONSEJO DE ESTADO

Anteproyecto por el Consejo de Ministros; (ii) cuestiona la existencia de una norma de carácter estatal que regule el patrimonio cultural inmaterial; (iii) se discute también la ruptura que supone el Anteproyecto con el tratamiento integral del Patrimonio Histórico y Cultural. El informe, a continuación, recoge una serie de ajustes que algunas Comunidades Autónomas han puesto de manifiesto como, por ejemplo, la sustitución de "protección" por "salvuarda" en el título de la norma, o algunas otras cuestiones relativas al Plan Nacional de Salvaguardia o al concepto de "Manifestación Inmaterial de la Cultura".

12. Informe de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico en el que se pone de manifiesto que constan a dicha Subdirección General los informes de la Comisión de Monumentos y Patrimonio Histórico de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando –recomendó una mejora general de la exposición de motivos y en la definición del concepto "patrimonio cultural inmaterial"- y de la Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español –solicitó algunas modificaciones en el texto del Anteproyecto-. El informe también señala que se ha contactado con los miembros del grupo "Derecho y Patrimonio" y que se ha tenido ocasión de incorporar al texto algunas aportaciones en materia de "articulación del sistema de competencias, concepto de patrimonio inmaterial, conexión del Anteproyecto con la Ley 16/1985, instrumentos de registro y comunicación cultural".

13. Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 24 de junio de 2014, que se refiere a los antecedentes y a la estructura y contenido del Anteproyecto. En lo atinente a las observaciones, el informe comienza con una valoración general sobre las opciones examinadas, básicamente, la de acometer la modificación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y aprobar una ley independiente. Finalmente el informe analiza la tramitación del Anteproyecto y la necesidad de someterlo, entre otros, a dictamen del Consejo de Estado.

14. Nota de cierre del expediente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 24 de junio de 2014, concluyendo que el texto del Anteproyecto ha sido objeto de revisión, fruto de las consultas realizadas, por lo que se considera que en su actual redacción puede ser sometido al preceptivo dictamen del Consejo de Estado.



### TERCERO.- Memoria del análisis de impacto normativo

El texto del Anteproyecto se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo, de 17 de junio de 2014.

La memoria, tras un "resumen ejecutivo" de la misma, comienza examinando la necesidad y oportunidad de la norma en proyecto, indicando que la razón fundamental para la elaboración de una Ley específica que garantice la salvaguardia y preservación del patrimonio cultural inmaterial es la necesidad de dar cumplimiento al mandato que España contrae al ratificar en 2006 la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial elaborada, en 2003, por la UNESCO. La memoria expone una serie de aspectos que motivan la proyectada Ley:

- la incorporación en el ordenamiento jurídico de un nuevo concepto, el de patrimonio cultural inmaterial;
- la necesidad de recoger en una norma específica la singular relevancia que las comunidades portadoras del patrimonio cultural inmaterial tienen como titulares de sus manifestaciones culturales;
- la contribución al cumplimiento de los objetivos de la Convención internacional a través de la elaboración de un Censo Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial y de un Plan Nacional homónimo;
- la toma de conciencia a nivel internacional del valor del patrimonio inmaterial como generador de identidad cultural de los pueblos y de las comunidades;
- la necesidad de establecer vías de salvaguardia ante la globalización que propone mensajes homogeneizadores de las pautas de vida, las relaciones sociales, los conocimientos, las técnicas y las mentalidades.

Añade la memoria que el principal objetivo de la ley que se proyecta es "garantizar la salvaguarda del Patrimonio Inmaterial de España" mediante la promoción de acciones de investigación, protección, difusión y transmisión de los valores culturales inherentes a las manifestaciones que lo



CONSEJO DE ESTADO

integran. Y son objetivos específicos, *“la protección, en el ámbito de las competencias del Estado (...) de los bienes inmateriales de mayor representatividad y relevancia cultural de España mediante la creación de una categoría jurídica específica denominada Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial”*; el fomento del conocimiento y preservación de las manifestaciones inmateriales de la cultura, a través de la habilitación de un Censo General del Patrimonio Cultural Inmaterial y la transmisión, difusión y promoción de la naturaleza y valores culturales de las manifestaciones inmateriales, para su conservación preventiva y disfrute público.

A continuación, la memoria procede a examinar las alternativas consideradas, el contenido del Anteproyecto y su análisis jurídico teniendo en cuenta las escasas referencias actuales en nuestro ordenamiento a este tipo de patrimonio con relación a los documentos internacionales y a otros ordenamientos jurídicos nacionales. Además, dentro del análisis jurídico, se analiza el patrimonio inmaterial en la legislación de las Comunidades Autónomas, concluyendo que existe una disparidad de regulaciones en esta materia y que la mayor parte de las legislaciones autonómicas se limitan a contemplar expresamente la posibilidad de otorgar protección a bienes inmateriales en las categorías genéricamente previstas para el resto de bienes del patrimonio histórico y sin prever mecanismos específicos para su conservación y salvaguardia.

Se analiza también el procedimiento de elaboración de la norma legal en proyecto y, en particular, las consultas que se han realizado a las comunidades autónomas y demás organizaciones y asociaciones interesadas así como una referencia al trámite de información pública.

Por lo que se refiere al análisis de impactos, la memoria comienza examinando la adecuación de la norma en proyecto al orden de distribución de competencias, analizando los títulos competenciales invocados (reglas 1ª, 3ª y 28ª del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 149 de la Constitución) y las cuestiones competenciales más relevantes abordando separadamente el alcance de las competencias legislativas y ejecutivas.



En lo atinente a su impacto económico, la memoria expone que la protección del patrimonio cultural reporta *"indudables beneficios para la sociedad. Aunque una gran parte de ellos no resultan económicamente mensurables, resulta evidente que la gestión y explotación de los elementos que integran el patrimonio cultural, generada por su apertura al público, tiene relevancia económica"*. Prosigue la memoria señalando que, aunque no es fácil identificar dentro del PIB cultural las cifras asociadas a la gestión y explotación del patrimonio cultural, las estadísticas disponibles ofrecen alguna información: *"el PIB correspondiente a estas actividades relacionadas con el patrimonio cultural se situó en 2009 en 1.307 millones de euros, que representa el 0,12 por 100 del PIB total. Se trata de un sector económico de dimensiones reducidas en el conjunto de las actividades culturales, suponiendo como promedio en el período disponible un 3% del PIB cultural"*. Dice también la memoria que el PIB ha crecido por estas actividades en el período 2000-2009.

Por lo que se refiere al efecto sobre el turismo cultural, expone la memoria que España es una nación extraordinariamente rica en patrimonio cultural inmaterial que se manifiesta en numerosos ámbitos de la vida de las comunidades y grupos humanos. Concluye que el *"turismo generado en torno al patrimonio inmaterial, si éste es planteado a través de instrumentos eficaces de planeamiento que garanticen el respeto y la sostenibilidad de los bienes que lo integran, será no solo un incentivo del sector turístico cultural sino a la par garante de la salvaguarda ejercida en torno a esta tipología patrimonial por las administraciones públicas y realizada por las comunidades portadoras"*.

La memoria examina también el efecto del Anteproyecto en la competencia en el mercado y señala que la norma no generará efectos negativos sobre la competencia ya que no limita el número de operadores en el mercado, ni su capacidad para competir ni los incentivos para hacerlo. De hecho –prosigue la memoria– uno de los efectos que derivará de la norma proyectada será *"el incremento de los elementos que integran el patrimonio cultural y, en consecuencia, de la oferta de productos y servicios en este mercado. Por ello, podría afirmarse que los efectos de esta ley sobre la competencia serán positivos"*. A continuación, la memoria refleja una serie de datos acerca de la demanda del patrimonio cultural obtenidos de la Encuesta de Hábitos y Prácticas Culturales en España. A modo de ejemplo se indica que un

Q



CONSEJO DE ESTADO

39,5% de la población visitó al menos un monumento histórico (y el 29,3% un yacimiento arqueológico) en el último año (2011) y de ellos, el 94,1% lo hicieron por ocio o entretenimiento frente a un 5,9 % que declara que su visita fue motivada por su profesión, estudios, etcétera.

Por lo que respecta al análisis de las cargas administrativas, la memoria indica que el procedimiento para la declaración de una manifestación inmaterial de la cultura regulado en el artículo 7 del Anteproyecto –encaminado a otorgar una singular tutela y protección de los bienes de carácter inmaterial más significativos- es la única carga administrativa que se genera, entendiéndose por ésta una actividad de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la norma. A tal efecto, la memoria prevé que el número de solicitudes presentadas por los particulares, para que un bien sea declarado “manifestación inmaterial de la cultura”, no ascenderá de 4 al año, lo que podría derivar en un gasto estimado de 2.320 euros. A este respecto se acompaña a la memoria un documento de “medición de cargas administrativas y de su reducción” donde se establecen los costes unitarios de la presentación de la solicitud (80 euros) y, en este caso, del informe y memoria que debe acompañar a la solicitud (500 euros).

En cuanto al impacto presupuestario, la memoria se estructura en dos partes:

- el impacto en los Presupuestos Generales del Estado;
- y el impacto sobre el gasto público de las Comunidades Autónomas.

Q

a) En cuanto al primero, se indica que son cuatro las funciones ejecutivas que el Anteproyecto atribuye a la Administración General del Estado en materia de protección del patrimonio cultural inmaterial y cuyo impacto sobre los Presupuestos Generales del Estado debe evaluarse: (i) la potestad de otorgamiento de la protección (el procedimiento para la declaración de manifestación representativa del patrimonio inmaterial que se contempla en el artículo 11 permitirá dedicar a estas actividades los recursos humanos y materiales actualmente existentes, de modo que el ejercicio de esta nueva



CONSEJO DE ESTADO

función no conlleva incremento de gasto público); (ii) expoliación y exportación (la memoria se limita a señalar que el Anteproyecto regula por primera vez la expoliación de los bienes declarados "manifestación representativa del patrimonio inmaterial" y la defensa de los bienes muebles asociados frente a la exportación); (iii) el plan nacional de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (se dice que aunque la regulación legal de esta función es novedosa, la Secretaría de Estado de Cultura viene ya desarrollando esta función planificadora con sus recursos propios, sin que la atribución legal proyectada de esta competencia conlleve la necesidad de crear nuevas estructuras organizativas ni de dotar recursos humanos, materiales o presupuestarios adicionales a los disponibles); (iv) el censo general de patrimonio cultural inmaterial (expone la memoria que se desarrollará y gestionará con los recursos de que dispone el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para el cumplimiento de las obligaciones de similar naturaleza establecidas en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: el registro general en donde se inscribirán los bienes previamente declarados de interés cultural, el inventario general de los bienes del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia y el censo del patrimonio documental y de un catálogo del patrimonio bibliográfico).

b) Y en cuanto al impacto sobre el gasto público de las Comunidades Autónomas, la memoria dice que la letra g) del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre) establece como principio rector de las relaciones financieras entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas la lealtad institucional, que determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia tributaria o la adopción de medidas que eventualmente puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas o sobre el Estado obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración quinquenal en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, y en su caso compensación, mediante modificación del Sistema de Financiación para el siguiente quinquenio. De conformidad con este principio, el impacto,

Q



CONSEJO DE ESTADO

positivo o negativo, de las decisiones legislativas adoptadas por las Cortes Generales deberán ser valoradas conjuntamente por el Consejo General de Política Fiscal y Financiera a efectos de su eventual compensación en el sistema de financiación para el siguiente quinquenio. En cualquier caso, el Anteproyecto –termina concluyendo en este punto la memoria- no impone a las Comunidades Autónomas nuevas obligaciones de gasto que deban ser objeto de compensación financiera, sino que se limita a establecer un marco jurídico en el que se regula la acción general de salvaguardia, dentro del cual las Comunidades Autónomas mantienen plena capacidad decisoria para diseñar y ejecutar sus políticas en este ámbito, de acuerdo con su propia legislación y siempre dentro de sus disponibilidades presupuestarias.

La memoria analiza también el impacto de género identificando en primer lugar los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que son de aplicación. Señala a este respecto que la Ley que se proyecta, *“plenamente integrada con la Convención UNESCO sobre Patrimonio Cultural Inmaterial, permitirá cumplir uno de sus principales objetivos en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación: la potenciación del papel de la mujer y el debido reconocimiento a su innegable contribución al mantenimiento y salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial”*. La memoria recuerda en este punto que ya la UNESCO, en su Estrategia Prioridad global: la igualdad entre hombres y mujeres (Fragmentos del Proyecto de Programa y Presupuesto 2010-2011. 35 C/5, vol. 2. Gran programa IV), considera esencial a nivel global la aspiración de la igualdad entre hombres y mujeres en sus programas y proyectos y destaca además su papel fundamental como depositarias del patrimonio inmaterial o intangible, una de las últimas tendencias de la conservación que busca la salvaguarda de las tradiciones, costumbres y hábitos de los pueblos cuya existencia depende de la propia población que los practica. La UNESCO ha considerado la conservación del patrimonio tanto material como inmaterial como una vía de extraordinaria fuerza para trabajar en la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en los países en vías de desarrollo, señalando que incluso antes de la Convención de 2003 ya se habían realizado diversos encuentros que valoraban la aportación femenina de forma muy explícita como es el caso del Simposio Internacional sobre el Papel desempeñado por las Mujeres en la Trasmisión del Patrimonio Cultural Inmaterial 27/30-09-1999 celebrado en Teherán, Irán.

Q



CONSEJO DE ESTADO

A continuación, dentro del examen de este impacto, la memoria describe detalladamente la situación de partida de las mujeres como depositarias de la educación y la transmisión de las tradiciones, especialmente en las sociedades menos desarrolladas, constituyendo actualmente un elemento fundamental en la cadena de transferencia de las costumbres ancestrales de los pueblos. Continúa exponiendo la memoria que la aplicación efectiva de las medidas contenidas en la norma proyectada permitirá el reconocimiento del rol que las mujeres han venido ejerciendo en relación con el Patrimonio Cultural Inmaterial, haciendo efectivo el derecho a la igualdad de trato en el ámbito del patrimonio cultural inmaterial, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. A continuación, la memoria enumera las distintas razones que el marco de protección, promoción, transmisión y difusión que la Ley de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial constituye para las manifestaciones que lo integran suponiendo una notable afección positiva en materia de género y hace una valoración final positiva del impacto de género *"en tanto que visibilizará y dotará de valor patrimonial a las manifestaciones inmateriales de la cultura tradicional española vinculadas al ámbito doméstico y además promoverá la incorporación de la mujer a cuantas esferas de la vida pública vinculadas al Patrimonio Inmaterial demanden"*.

La memoria termina con un epígrafe relativo a "otros impactos", en concreto, el impacto por razón de medio ambiente, señalando que la Ley generará resultados positivos en el entorno medioambiental y natural a través de los instrumentos de salvaguardia que se contemplan en dicha Ley, esto es: la revalorización, protección, transmisión y promoción de determinadas manifestaciones culturales inmateriales. Por otro lado, en la nueva concepción del Patrimonio Cultural Inmaterial se refleja la fuerte interdependencia de este tipo de Patrimonio con el marco espacial en el que se inscribe la manifestación, siendo inherente a la misma el espacio natural. De este modo, lugares de devoción o de prácticas rituales en torno a santuarios o espacios simbólicos, suelen conllevar áreas sagradas (como aguas de sanación, etc.) en entornos naturales muy significados en función de la manifestación cultural inmaterial. Por todo ello, la norma proyectada, según la memoria, favorecerá el cumplimiento de los preceptos fijados internacionalmente de desarrollo sostenible y conservación del territorio natural, puesto que protege tanto el

Q



CONSEJO DE ESTADO

territorio y los recursos que éste ofrece, como la manifestación cultural inmaterial vinculada al mismo, dotándose mutuamente de significado.

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

I.- Objeto y competencia

Se somete a dictamen el Anteproyecto de Ley para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial que, como señala su propio artículo 1, tiene por objeto "regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el Patrimonio Cultural Inmaterial, en sus respectivos ámbitos de competencias".

El Consejo de Estado emite su consulta con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (*"Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales"*).

II.- Tramitación del Anteproyecto

Por lo que se refiere a la tramitación dada al expediente ahora analizado, entiende el Consejo de Estado que se han cumplido las exigencias del procedimiento establecidas en el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al regular el ejercicio de la iniciativa legislativa que al mismo atribuye el artículo 87.1 de la Constitución, en los términos que han quedado recogidos en los antecedentes.

Y, así, obran en el expediente los informes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; de la Comisión Técnica de Seguimiento del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, así como el Certificado de la Subdirectora General de Cooperación Cultural con las Comunidades Autónomas, por el que se hace constar que en la Comisión Técnica Sectorial de Asuntos Culturales, en la reunión de 15 de noviembre de



CONSEJO DE ESTADO

2013, se presentó el Anteproyecto de Ley; y los informes de la Generalitat Valenciana; del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco; de la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León; de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno del Principado de Asturias; y de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía. Obra igualmente la memoria del análisis de impacto normativo que examina detalladamente, como se ha expuesto en antecedentes, el Anteproyecto y sus diversos impactos. Únicamente, y por lo que se refiere al impacto de género, hubiera sido más conveniente una valoración del Anteproyecto más global y no limitada estrictamente "al ámbito doméstico" teniendo en cuenta el protagonismo de la mujer en las diversas manifestaciones culturales.

Consta también en el expediente una Diligencia de la Ministra de la Presidencia, como Secretaria del Consejo de Ministros, para hacer constar que el Consejo de Ministros, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su reunión del día 8 de noviembre de 2013, ha tomado conocimiento del Anteproyecto de Ley de protección del patrimonio cultural inmaterial. Y un Certificado de la Subdirectora General de la Oficina de Atención al Ciudadano, por el que se hace constar que el Anteproyecto ha sido sometido al trámite de información pública en el Portal del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Además, según el citado informe de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico y la memoria del análisis de impacto normativo, se ha dado "audiencia a los ciudadanos interesados directamente o a través de las organizaciones y asociaciones legalmente reconocidas que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición", todo ello de acuerdo con el artículo 105.a) de la Constitución Española. De acuerdo con ello, consta en el expediente la consulta a la Comisión de Monumentos y Patrimonio Histórico de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, a la Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español y al Consejo Editorial de la Revista "Derecho y Patrimonio".

No obstante, si bien se han activado los principales mecanismos de participación en el proceso prelegislativo que ofrece nuestro ordenamiento



CONSEJO DE ESTADO

jurídico, por lo que nada debe objetarse a este respecto, no deja sin embargo de llamar la atención la escasa intervención existente en la tramitación del Anteproyecto:

- respecto del trámite de información pública, no se ha recibido alegación alguna –al menos no consta en el expediente-, lo cual, como viene siendo ya común en otros procesos de análoga naturaleza, permite cuestionar la eficacia de este trámite en los términos en los que a menudo se plantea, pues como ha expuesto una reiterada jurisprudencia, el trámite de información pública no es una mera formalidad sino que tiene la finalidad de proporcionar a la Administración un mayor y mejor número de datos que permita propiciar una decisión más justa y objetiva, mediante una consulta previa, abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias (*vid.*, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1984);
- en el ámbito de las audiencias a los interesados y, en concreto, de las organizaciones y asociaciones interesadas, tan solo han emitido informe las tres anteriormente citadas (Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Federación de Asociaciones de Antropología del Estado Español y la Revista “Derecho y Patrimonio”);
- y, por lo que se refiere a la consulta a las Comunidades Autónomas, sólo cuatro de ellas han emitido informe pese a que, como luego se analizará con más detalle, sobre la materia de cultura en la que se incardina la protección del patrimonio histórico, se proyectan competencias de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y todas ellas han aprobado directa o indirectamente sus correspondientes regulaciones en materia de patrimonio cultural inmaterial.

Por tanto, a juicio del Consejo de Estado, hubiera sido más deseable un especial impulso por parte de los órganos promotores del Anteproyecto en los referidos trámites de información pública y de audiencia a los interesados a fin de recabar la mayor información posible para la mejor



CONSEJO DE ESTADO

formación de la voluntad, máxime en una materia como la examinada donde existe un importante asociacionismo.

III. Base normativa

Toda la tramitación del Anteproyecto trae causa en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO de 3 de noviembre de 2003 y, en concreto, de su artículo 11 ("Funciones de los Estados Partes") que exige a cada Estado Parte:

*"a) adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;*

*b) entre las medidas de salvaguardia mencionadas en el párrafo 3 del Artículo 2, identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes".*

En concreto, la referida Convención firmada el 3 de noviembre de 2003 por el Plenipotenciario de España y concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, fue objeto de ratificación por España, cuyo Instrumento de Ratificación, firmado el día 6 de octubre de 2006, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 31, de 5 de febrero de 2007.

Q  
Sin perjuicio de ello, llama también la atención que no exista referencia ni mención alguna en todo el expediente ni siquiera en la memoria a la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural, en cuya disposición final primera se prevé lo siguiente: *"En el plazo máximo de tres meses desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno impulsará las reformas normativas necesarias para recoger, dentro de la legislación española, el mandato y objetivos de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO".*



#### IV. Observaciones al texto del Anteproyecto

Las actuaciones anteriormente enunciadas atienden suficientemente las exigencias de índole procedimental, por lo que se pasa ya a examinar las cuestiones de fondo suscitadas por el Anteproyecto.

El Anteproyecto que se presenta tiene por objeto la regulación del patrimonio cultural inmaterial (o intangible) de manera independiente a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, con el fin de establecer, según reza el proyectado artículo 1, la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran dicho patrimonio, en sus respectivos ámbitos de competencias.

Pues bien, el examen de fondo del Anteproyecto –ordenado de forma que se facilite el contraste de las observaciones y sugerencias que se formulen con el texto del Anteproyecto- abordará sucesivamente y de forma diferenciada las siguientes cuestiones:

- (a) el patrimonio cultural inmaterial en el ámbito internacional y en el Derecho de la Unión Europea;
- (b) el patrimonio cultural inmaterial en el Derecho comparado
- (c) legislación española: antecedentes y la regulación estatal y autonómica
- (d) el concepto de patrimonio cultural inmaterial (bienes que integran este patrimonio);
- (e) concepción unitaria del patrimonio histórico;
- (f) el título competencial a cuyo amparo se proyecta el texto normativo sometido a examen;
- (g) la protección jurídica y medidas a llevar a cabo por parte de las Administraciones públicas;
- (h) la "Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial";
- (i) el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y otros instrumentos de cooperación;

Q



- (j) y, finalmente, unas observaciones adicionales de índole formal en lo relativo a posibles mejoras de redacción del texto proyectado.

**a) El patrimonio cultural inmaterial en el ámbito internacional y en el Derecho de la Unión Europea**

**a.1 Precedentes en el ámbito internacional del patrimonio cultural inmaterial**

Se ha venido reprochando en los últimos tiempos que, si bien el patrimonio cultural material ha sido identificado y, consecuentemente, protegido principalmente desde la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 –al que se hará más adelante alusión–, así como por las diferentes regulaciones estatales, sin embargo, los denominados bienes inmateriales o intangibles han sido objeto de un mayor olvido por parte de los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales. Circunstancia que, entre otras varias razones, tiene su justificación en la dificultad de protección y transmisión de este patrimonio pues se trata, fundamentalmente, de formas de cultura tradicional y popular que, como puso de manifiesto la Secretaría General de las Naciones Unidas, “de ordinario no requieren cobijarse en la solidez de la roca o la perdurable plasticidad del mármol como soportes materiales sino que se legan y perennizan a través del hilo inmaterial de tradiciones orales, hábitos comunitarios, herencia artística o técnicas ancestrales, que como las aguas de un río subterráneo discurren de padres a hijos, de abuelas a nietas, de una generación a otra, en cualquier confín del planeta”.

Los primeros y más relevantes precedentes, en cuanto al reconocimiento expreso y protección del patrimonio cultural inmaterial, no obstante, se encuentran en el ámbito internacional.

En este sentido, la exposición de motivos del Anteproyecto dedica un apartado, el III, a los principales compromisos internacionales que se han ido adquiriendo en esta materia, destacando que el impulso más decisivo del patrimonio inmaterial se sitúa en el Derecho internacional, fundamentalmente en la acción de la UNESCO, que corona en la Convención para la Salvaguardia



CONSEJO DE ESTADO

del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003.

Al objeto de destacar algunos de los más importantes hitos históricos anteriores a la citada Convención, hay que recordar que en los años **setenta** del siglo pasado comienza a atisbarse la necesidad de ampliar el concepto de patrimonio cultural, debatiendo en los foros internacionales, aunque todavía tímidamente, la posibilidad de introducir referencias expresas a bienes integrantes de este tipo de patrimonio cultural. A modo de ejemplo, se ha destacado alguna acción de la UNESCO como la llevada a cabo en 1973, cuando el Gobierno de Bolivia propuso que se añadiera un Protocolo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, con el fin de ofrecer un marco de protección a tradiciones como el folklore, propuesta que, no obstante, no fue finalmente recogida; también la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en África, en Accra, desde el 27 de octubre al 16 de noviembre de 1975, trata sobre la *"salvaguardia de la autenticidad cultural"* proclamando la Conferencia que *"la afirmación cultural procede de la expresión voluntaria de una autenticidad que tiene sus raíces en el genio de cada pueblo y en sus valores fundamentales"* y se incluye dentro del concepto de cultura la *"totalidad de los bienes materiales, morales y espirituales, de las obras de arte y literatura, de los conocimientos teóricos y técnicos, de las lenguas, de los pensamientos, de los comportamientos y de las experiencias acumuladas con miras a la edificación de una sociedad mejor ..."* (en diciembre de 2013, la Asamblea General de la ONU adoptó por consenso una resolución que establece la celebración del Decenio Internacional de los Afrodescendientes del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2024). Y en 1978 se organizó la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe –Bogotá, del 10 al 20 de enero de 1978- que, sobre la base de los mismos principios que en África, se proclama la salvaguardia del patrimonio y, entre otras, en la recomendación número 33 se subraya el *"desarrollo y preservación de la cultura popular en tanto constituyen una premisa indiscutible para la afirmación de la identidad cultural"*.

No obstante, ni siquiera en el más importante de los documentos internacionales en esta materia, la "Convención del Patrimonio Mundial, cultural y natural" de 1972, aparece la expresión "patrimonio cultural inmaterial" o "bienes inmateriales o intangibles". En concreto, su artículo 1 señala que



CONSEJO DE ESTADO

integran el "*patrimonio cultural*" los monumentos (obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia), los conjuntos (grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia) y los lugares (obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico) y el artículo 2 dispone que se considerará "*patrimonio natural*" los monumentos naturales, las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el habitat de especies, animal y vegetal, y los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural. Como bien apunta la exposición de motivos del Anteproyecto, esta Convención "nació como un instrumento focalizado fundamentalmente hacia los objetos de la llamada cultura material. Quedaba pendiente, por ello, en el derecho internacional, un instrumento de valorización jurídica de las creaciones culturales sociales y comunitarias inmateriales".

Es, no obstante, en la **década de los ochenta** cuando se reconoce la creciente importancia del patrimonio cultural inmaterial. Y así, en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, celebrada en la capital de Méjico, en 1982, se integra este concepto en una nueva y más completa definición de Patrimonio Cultural, que comprendía ya las lenguas, rituales, tradiciones, documentos, libros y obras artísticas. Y es en 1989 –en la reunión de París, entre el 17 de octubre y 16 de noviembre–, cuando la UNESCO aprobó la "Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular" que reconoce que la "*cultura tradicional y popular forma parte del patrimonio universal de la humanidad y que es un poderoso medio de acercamiento entre los pueblos y grupos sociales existentes y de afirmación de su identidad cultural*", al tiempo que fomenta la cooperación internacional y prevé las medidas que se podrían adoptar para su identificación, conservación, preservación, difusión y protección. La citada Recomendación define la "*cultura*

Q



CONSEJO DE ESTADO

*tradicional y popular*" como el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; señala que sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes. Se hace referencia a la importancia de "salvaguardar la integridad de las tradiciones" evitando todo tipo de deformaciones y, a tal fin, sugiere, entre otras, llevar a cabo investigaciones adecuadas a fin de "identificar la cultura tradicional y popular" (por ejemplo, a través de inventarios nacionales o sistemas de identificación y registro), establecer mecanismos para la conservación de la cultura tradicional y popular (i. e., establecer servicios nacionales de archivos donde la cultura tradicional y popular recopilada pudiera almacenarse adecuadamente y quedar disponible o crear museos o secciones de cultura tradicional y popular en los museos existentes, donde ésta pueda exponerse) o proceder a una amplia difusión de los elementos que constituyen ese patrimonio cultural (se recomiendan varias acciones para favorecer dicha acción de difusión como, por ejemplo, fomentar la organización de acontecimientos nacionales, regionales e internacionales, como ferias, festivales, películas, exposiciones, seminarios, coloquios, talleres, cursos de formación, congresos, etc., y apoyar la difusión y publicación de sus materiales, documentos y otros resultados; estimular una mayor difusión del material de la cultura tradicional y popular en la prensa, la edición, la televisión, la radio y en otros medios de comunicación; crear empleos de jornada completa para especialistas de la cultura tradicional y popular que se encarguen de alentar y coordinar las actividades de ésta en la región; o adoptar un código de ética). Como podrá advertirse posteriormente, esta Recomendación, aun cuando no hace referencia estrictamente a los bienes que forman parte del patrimonio cultural —se ciñe a una forma de cultura tradicional y popular en un sentido amplio—, es el verdadero precedente de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 que más adelante se examinará.

Paralelamente a la actividad que iba desarrollando la UNESCO, otros organismos internacionales abundaron también en esta cuestión. Así, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó en 1989 un Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes que



CONSEJO DE ESTADO

preveía la necesidad de incorporar medidas por parte de los Estados tendentes a promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su patrimonio cultural tradicional y sus costumbres e instituciones.

Ya, a finales de los noventa, la UNESCO creó el Programa de Obras Maestras de Patrimonio Oral e Inmaterial, tras una Consulta internacional sobre la preservación de los espacios culturales populares. En concreto, en junio de 1997, la División del Patrimonio Cultural y la Comisión Nacional de Marruecos para la UNESCO celebraron en Marrakech una Consulta Internacional sobre la preservación de los espacios culturales populares y los expertos que participaron decidieron recomendar a la UNESCO que creara una distinción internacional a fin de llamar la atención sobre los ejemplos destacados de esta forma de patrimonio cultural inmaterial. La resolución fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión, en 1997 y, posteriormente, el Consejo Ejecutivo de la UNESCO, en su 155ª reunión (noviembre de 1998), adoptó el reglamento relativo a la Proclamación que supone la consolidación del reconocimiento de este tipo de patrimonio cultural inmaterial. Dicho programa tenía por objeto (i) sensibilizar al público de la importancia del patrimonio oral e inmaterial y de la necesidad de salvaguardarlo; (ii) evaluar y documentar el patrimonio oral e inmaterial mundial; (iii) alentar a los países a crear inventarios nacionales y a adoptar medidas jurídicas y administrativas para proteger su patrimonio oral e inmaterial; y (iv) fomentar la participación de artistas tradicionales e intérpretes locales en la definición y revitalización de su patrimonio inmaterial. También establecía el procedimiento y los requisitos para que una manifestación pudiera ser calificada de "Obra Maestra de Patrimonio Oral e Inmaterial". Hasta ocho seminarios regionales se celebraron entre 1995 y 1998 con relación al patrimonio cultural que terminaron con la Conferencia internacional organizada conjuntamente por la UNESCO y la Smithsonian Institution con el título *A Global Assessment of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore: Local Empowerment and International Co-operation*, que tuvo lugar en Washington del 27 al 30 de junio de 1999.

Entrando ya en el siglo XXI, la UNESCO publica, en el año 2001, su "Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural", en la que afirma que



CONSEJO DE ESTADO

“Toda creación tiene sus orígenes en las tradiciones culturales, pero se desarrolla plenamente en contacto con otras culturas. Esta es la razón por la cual el Patrimonio, en todas sus formas, debe ser preservado, realizado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y de las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e inspirar un verdadero diálogo entre las culturas”. En 2002, la III Mesa Redonda de Ministros de Cultura apoyó la Declaración de Estambul sobre El Patrimonio Cultural Inmaterial, espejo de la diversidad cultural, documento que incluye políticas que implican un compromiso de identificar, salvaguardar, promover y transmitir el patrimonio cultural inmaterial, a través de acciones de información y educación, investigación y documentación, con inventarios, registros y elaboración de legislaciones específicas. También en ese mismo año 2002, el Comité Regional para Asia y el Pacífico, celebró su 7ª asamblea en Shanghái dedicándola a los Museos, el Patrimonio Inmaterial y la globalización. En esta Asamblea se firmó la denominada Carta de Shanghái en la que se reafirma la importancia significativa de la creatividad, las particularidades de los pueblos, los grupos y las comunidades (valores, tradiciones, lenguas, historia oral, manifestaciones festivas, etcétera) y ofrece unas recomendaciones para los museos resaltando su capacidad para promover actuaciones dirigidas a la salvaguardia de este patrimonio cultural inmaterial; en concreto, se propuso que desde los museos se desarrollasen herramientas de documentación y normas para el tratamiento holístico del patrimonio; se iniciaran metodologías para generar inventarios de patrimonio cultural inmaterial con la participación de la comunidad y se realizaran esfuerzos en favor de la conservación, la presentación y la interpretación del patrimonio inmaterial en coherencia con los rasgos culturales locales.

Q

Sobre la base de estos precedentes internacionales y en lo que se refiere a España, se consiguieron, hasta ese momento, dos declaraciones de patrimonio cultural inmaterial: el Misterio de Elche, en el año 2003, y la Patum de Berga, en el 2005.



a.2 Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

Sobre la base de los antecedentes previos, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (esto es, UNESCO), en su 32ª reunión, celebrada en París del 29 de septiembre al 17 de octubre de 2003, aprobó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial –entró en vigor el 20 de abril de 2006-, ratificada por España el 6 de octubre de 2006. Actualmente, son más de cien países los que han ratificado la Convención.

La Convención consta de un preámbulo y de 40 artículos estructurados en torno a 9 capítulos. En su preámbulo destaca la importancia que reviste el patrimonio cultural inmaterial, “crisol de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible” y pone de manifiesto que se trata de un instrumento jurídico fundamentado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y surgido con la finalidad de solventar las repercusiones adversas de la mundialización, especialmente para las minorías y los pueblos indígenas.

Dentro del capítulo I sobre disposiciones generales, el artículo 1 de la Convención proclama que tiene las siguientes finalidades: (i) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; (ii) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate; (iii) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco; y (iv) la cooperación y asistencia internacionales.

Qu  
El artículo 2 de la Convención define el “patrimonio cultural inmaterial” como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Y se manifiesta particularmente en los ámbitos siguientes:

a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;



CONSEJO DE ESTADO

- b) artes del espectáculo;
- c) usos sociales, rituales y actos festivos;
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) técnicas artesanales tradicionales.

El primero de los apartados fue objeto de debate por parte de los Estados en el sentido de que algunos de ellos consideraban que en la referencia al término "expresión oral" estaba incluido el idioma, mientras que otros Estados consideraban que debía aparecer expresamente el término "lengua/idioma" como expresión indiscutible del patrimonio inmaterial. Otro de los aspectos objeto de discusión fue la no inclusión de la religión en el ámbito de "usos sociales, rituales y actos festivos".

El artículo 2.3 de la Convención define también la expresión "salvaguardia" como las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

Tras referirse el capítulo II a los órganos de la Convención, los capítulos III y IV hacen referencia a uno de los aspectos más esenciales como son los sistemas de protección, diferenciando entre las medidas de salvaguardia nacionales (capítulo III) e internacionales (capítulo IV). Respecto de las primeras, el artículo 12 prevé que *"cada Estado Parte confeccionará con arreglo a su propia situación uno o varios inventarios del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio. Dichos inventarios se actualizarán regularmente"*. Y respecto de las medidas de salvaguardia internacionales, el artículo 16 dispone que *"para dar a conocer mejor el patrimonio cultural inmaterial, lograr que se tome mayor conciencia de su importancia y propiciar formas de diálogo que respeten la diversidad cultural, el Comité, a propuesta de los Estados Partes interesados, creará, mantendrá al día y hará pública una Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad"*.

Q



CONSEJO DE ESTADO

Finalmente, el capítulo V se refiere a la cooperación internacional en cuanto *"intercambio de información y de experiencias, iniciativas comunes, y la creación de un mecanismo para ayudar a los Estados Partes en sus esfuerzos encaminados a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial"*. Por otro lado, se establece la creación de un *"Fondo para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial"*, respecto del cual el artículo 26 prevé que, *"sin perjuicio de cualquier otra contribución complementaria de carácter voluntario, los Estados Partes en la presente Convención se obligan a ingresar en el Fondo, cada dos años por lo menos, una contribución cuya cuantía, calculada a partir de un porcentaje uniforme aplicable a todos los Estados, será determinada por la Asamblea General. Para que ésta pueda adoptar tal decisión se requerirá una mayoría de los Estados Partes presentes y votantes que no hayan hecho la declaración mencionada en el párrafo 2 del presente artículo. El importe de esa contribución no podrá exceder en ningún caso del 1% de la contribución del Estado Parte al Presupuesto Ordinario de la UNESCO"*.

Es importante destacar en este punto que este instrumento internacional señala expresamente en su artículo 11 que incumbe a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio.

Aparte de otros diferentes documentos internacionales donde se hace referencia a este patrimonio ya con posterioridad a la Convención de 2003 (i.e., la revisión del Código de Deontología para los Museos del International Council of Museums –ICOM–, aprobado en 2004, en Seúl, y publicado en 2006 y cuyo principio fundamental es que los museos sean "responsables del patrimonio natural y cultural, material e inmaterial"), se realizaron también diversos encuentros y reuniones internacionales que dieron lugar a la elaboración de las denominadas Directrices Operativas, aprobadas en la segunda Asamblea General de la UNESCO, el 16 de septiembre de 2008 o, anteriormente, la Carta Cultural Iberoamericana, Declaración, aprobada en la XVI Cumbre Iberoamericana celebrada en Montevideo en 2006. Así, por ejemplo, pueden destacarse los Encuentros organizados por el Ministerio de Cultura en Barcelona y Antigua (Guatemala), en los que participaron especialistas en la materia. Entre otros puntos, se estableció el procedimiento y

De



CONSEJO DE ESTADO

calendario para la inscripción en las Listas. En nuestro caso, España presentó en septiembre de 2008 (tras la decisión del Consejo de Patrimonio Histórico) el Silbo Gomero (lenguaje silbado de la Isla de La Gomera), el Tribunal de las Aguas de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia como candidaturas nacionales, y la Dieta Mediterránea como candidatura transnacional.

Otros varios documentos de índole internacional han recogido recomendaciones sobre el reconocimiento de este tipo de patrimonio, como por ejemplo, el Programa sobre el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (vigente hasta 2014) que recomienda intensificar "los esfuerzos encaminados a promover y apoyar la recuperación del patrimonio indígena y las tradiciones orales y los textos antiguos de los pueblos indígenas con el fin de que se reconozcan como patrimonio de la humanidad en el marco de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial".

a.3 El patrimonio cultural inmaterial en la Unión Europea

También en el ámbito del Derecho de la Unión Europea se ha puesto de manifiesto permanentemente la defensa del patrimonio cultural europeo en un sentido amplio que pretende incorporar también el conjunto de bienes integrantes del patrimonio cultural inmaterial, aunque no existe una específica regulación al respecto.

Q El Tratado de Maastricht (1993) hizo posible que la Unión Europea, tradicionalmente orientada hacia la economía y el comercio, llevara a cabo acciones culturales para la salvaguardia, la difusión y el desarrollo de la cultura en Europa, contribuyendo así al desarrollo de las culturas de los Estados miembros, respetando su diversidad nacional o regional, con objeto de poner de relieve su herencia cultural común.

En concreto, la acción de la Unión Europea en el ámbito de la cultura se rige por el artículo 167 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 151 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), en el que se establecen los principios y el marco de la política



CONSEJO DE ESTADO

cultural, incluyendo tanto el contenido concreto como los procedimientos decisorios. Y el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea expone las competencias de la Unión Europea en materia de cultura ("La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros").

El Tratado de Lisboa realza la importancia de la cultura: el preámbulo del Tratado de la Unión Europea se refiere explícitamente a la inspiración "en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa". Entre los objetivos clave de la Unión Europea que se especifican en el Tratado figura el de respetar "la riqueza de su diversidad cultural y lingüística" y velar «por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo» (artículo 3).

El artículo 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea estipula que "las artes y la investigación científica son libres», y su artículo 22 establece que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística".

A tal fin, la UE crea instrumentos que respaldan acciones culturales como el programa Cultura y la acción Capital Europea de la Cultura. En concreto, pueden referirse, básicamente, los siguientes:

- Agenda Europea para la Cultura: en mayo de 2007, la Comisión propuso una agenda para la cultura basada en tres grupos de objetivos comunes para promover: (i) la diversidad cultural y el diálogo intercultural con el fin de garantizar la comprensión, el respeto y la promoción de la diversidad cultural de la Unión Europea; (ii) la cultura como catalizador para la creatividad (promoción de la cultura como catalizador para la creatividad en el marco de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo y su sucesora, la Estrategia Europa 2020); y (iii) la cultura como elemento vital en las relaciones internacionales (la Unión Europea, en tanto que parte de la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales –cuyas acciones han sido examinadas más arriba- se compromete en el desarrollo de un

Q



- papel cultural de Europa en el contexto de las relaciones internacionales).
- Diálogo intercultural: en el área específica de la política cultural destacan iniciativas como las relativas a la cultura romaní, las ciudades interculturales y el diálogo con la *Platform for Intercultural Europe*. Otras políticas de la UE que promueven el diálogo intercultural son las relativas al sector audiovisual, el multilingüismo, la juventud, la investigación, la integración y las relaciones exteriores, por mencionar solo algunas.
  - Programas de acción: se destacan entre otros, las "*Capitales Europeas de la Cultura*" (se trata de ciudades seleccionadas por un comité independiente sobre la base de un programa cultural que ha de tener una sólida dimensión europea y contribuir al desarrollo del patrimonio cultural de la ciudad a largo plazo; las normas y condiciones para ostentar el título se establecen en una Decisión 1622/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 2006); "*Premios*" (se trata de una serie de premios en los ámbitos del patrimonio cultural, la arquitectura, la literatura y la música que tienen por objeto dar muestra de la rica diversidad cultural de Europa); "*Europa Creativa*" (el programa cultural de la Unión Europea para el período 2014-2020 que parte de programas anteriores como el "programa Media" o el "programa Cultura").

Todo ello sin perjuicio de las normas de la Unión Europea que se han dictado con carácter más general –y que no tienen tanto interés a los efectos del Anteproyecto que se dictamina– como el Reglamento 92/3911/CEE, de 9 de diciembre, o la Directiva 93/7/CEE, de 15 de marzo, desde el punto de vista de la protección penal de los bienes culturales.

#### **b) El patrimonio cultural inmaterial en el Derecho comparado**

En el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, el patrimonio cultural inmaterial también ha sido objeto de protección por diversos Estados donde sus constituciones o leyes de patrimonio histórico hacen explícitas menciones al tipo de bienes que integran este tipo de patrimonio.



Uno de las primeras regulaciones que puede destacarse a este respecto fue la temprana ley aprobada por Japón el 30 de mayo de 1950 (Ley de Protección del Patrimonio Cultural que unificó las anteriores leyes de 1919, 1929 y 1933) que se refirió a los "tesoros nacionales vivientes" en cuanto bienes intangibles de alto valor histórico y artístico, calificación que se otorgaba con el objeto de proteger y salvaguardar las destrezas y técnicas artísticas (i.e., el *ukiyo-e*, arte sobre papel, confección de espadas y alfarería o determinados festivales tradicionales). También en el continente asiático y más recientemente China ha aprobado su Ley de Patrimonio Cultural Inmaterial, el 25 de febrero de 2011.

Es en el ámbito de los países iberoamericanos donde principalmente destacan las regulaciones de este tipo de patrimonio sobre todo como consecuencia de la importancia del denominado "folclore indígena".

Así, en el caso de Ecuador, en el artículo 379 de su Constitución se recoge lo siguiente: "son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos y objeto de salvaguardia del Estado, entre otros: las lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales, incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo".

En otros casos, como Panamá o Colombia han modificado sus leyes de patrimonio cultural general a raíz de la adhesión a la Convención de 2003, incorporando en dichas leyes nacionales la referencia al patrimonio cultural inmaterial.

En Uruguay se ha aprobado una Ley, la número 18.035 cuyo artículo 1 (único) viene a "aprobar" la Convención de 2003 incorporándola así de forma directa a su ordenamiento jurídico. En Brasil igualmente se aprobó una norma exclusiva para regular su patrimonio inmaterial (Decreto número 3551, de 4 de agosto de 2000), que, entre otras, crea el Registro de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial y pone en marcha el Programa Nacional de Patrimonio Inmaterial. La exposición de motivos del Anteproyecto señala también cómo los bienes culturales inmateriales se han hecho visibles en los



CONSEJO DE ESTADO

ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en los iberoamericanos, destacando, entre otros, el ordenamiento brasileño, cuya Constitución en su artículo 216, además de incorporar, de forma novedosa en el lenguaje constitucional, una referencia a los bienes de naturaleza inmaterial, incluye entre éstos "las formas de expresión" y "los modos de crear, hacer y vivir", citando a continuación la referida norma aprobada en el año 2000. También en Chile se aprobó el Decreto número 0124, de 3 de abril de 2001, que creó la "Comisión Nacional Asesora de Patrimonio Cultural Oral e Intangible".

Y en Guatemala se utilizó la fórmula de un "Programa", a través de su "Política Nacional de Patrimonio Cultural Intangible". También en Argentina se puso en marcha el "Programa Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial", sin perjuicio de la aprobación posterior de algunas normas como la Ley número 1535/2004, por la ciudad autónoma de Buenos Aires que *"instituye el Relevamiento, Registro e Investigación del Patrimonio Cultural Intangible o Inmaterial, de fiestas, celebraciones y rituales que adquieren especial significación para la memoria, la identidad y la vida social de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires"*.

En el ámbito europeo, la mayoría de los países ha optado por la mera ratificación de la Convención. Tan solo debe destacarse el caso de Portugal –también la propia memoria del análisis de impacto normativo lo destaca como el "único Estado europeo hasta la fecha con un texto concreto sobre la materia"- que ha aprobado una norma específica sobre el patrimonio cultural inmaterial, el Decreto-Ley número 138/2009, de 15 de junio –citado por la exposición de motivos del Anteproyecto-, que establece el régimen jurídico de salvaguardia de este tipo de patrimonio en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 107/2001, de 8 de septiembre.

Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los países de nuestro entorno europeo se encuentra generalizado, tanto en las constituciones como en las normas reguladoras de sus patrimonios históricos, el tránsito a un concepto más general y amplio de patrimonio cultural (o "tesoro cultural") como puede advertirse en la propia Constitución portuguesa o griega ("protección del ambiente natural y cultural"), o en la Ley Fundamental de Bonn ("protección del patrimonio cultural alemán" ex artículo 74), o en el régimen de protección



CONSEJO DE ESTADO

regulado en Francia, en el que suele citarse por la doctrina el arrêt Schlumpf, de 27 de marzo de 1981, decisión del Conseil d'Etat que pone de manifiesto la ampliación del concepto de patrimonio histórico más allá de los criterios tradicionales incluyendo máquinas industriales, usos artesanales, costumbres populares, lenguas regionales o, como es el caso, una colección de vehículos de toda clase. Incluso en Italia, aun cuando la dicción literal de su Constitución sigue empleando la expresión de "patrimonio histórico y artístico" ("[La República] Salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación", ex artículo 9), fueron sus juristas (luego se hará referencia a la conocida Comisión Franceschini) los que protagonizaron el proceso de adaptación sobre la base del concepto de "bien cultural".

**c) Legislación española: antecedentes y la regulación estatal y autonómica**

**c.1 Antecedentes normativos**

Al igual que ha ocurrido en el ámbito del Derecho internacional, tampoco en nuestra legislación estatal los denominados bienes culturales de carácter inmaterial han sido expresamente contemplados en los antecedentes normativos reguladores del patrimonio histórico.

Dejando a un lado otros precedentes más remotos con origen en las técnicas de protección de los tesoros histórico-artísticos derivadas del Derecho pontificio, como el edicto del cardenal camarlengo Bartolomeo Pacca de 7 de abril de 1820, o como la Real Cédula de 6 de junio de 1803, dictada por Carlos IV, donde por primera vez se recoge la noción de monumento y determinadas políticas de intervención por parte de la Administración, o la conocida como Ley Moyano (Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857), que dejaba bajo la custodia de la Real Academia de Bellas Artes los monumentos del reino, la gran mayoría de la comunidad científica que ha estudiado la legislación española en materia de patrimonio cultural histórico en general ha coincidido en reseñar a la Ley sobre Excavaciones Arqueológicas de 7 de julio de 1911, a la Ley de Monumentos Arquitectónicos-Artísticos de 4 de marzo de 1915, al Real Decreto-ley de 9 de agosto de 1926 sobre riqueza artística y a la Ley sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del

Q



CONSEJO DE ESTADO

Patrimonio Histórico Español, de 13 de mayo de 1933, como los principales antecedentes de nuestra vigente Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985.

También en el ámbito constitucional, fue la Constitución de 1931, en su artículo 45, la que por primera vez sanciona, en nuestro ordenamiento, la protección del patrimonio histórico español, en términos muy amplios: *"Toda riqueza histórica y artística del país, sea quien fuere su dueño, constituye el Tesoro cultural de la nación y estará bajo la salvaguarda del Estado..."*.

En ninguno de estos antecedentes referidos se hacía mención expresa al llamado patrimonio cultural inmaterial o intangible, con excepción de alguna expresión que pudiera permitir reconocer este tipo de patrimonio como, por ejemplo, en el Real Decreto-ley de 1926, donde podrían incluirse las manifestaciones inmateriales dentro del denominado *"patrimonio etnológico"* o en la propia Constitución de 1931 donde se hace alusión al *"tesoro cultural"* (aunque curiosamente, la Ley de 1933 ni siquiera hace ya mención a este tipo de patrimonio etnológico). En este mismo sentido, señala también la propia exposición de motivos del Anteproyecto objeto de dictamen –su apartado II comienza con la cita del Real Decreto-ley de 1926- que se hacían únicamente en estas normas escuetas referencias a lo *"típico"* y a lo *"pintoresco"*, siendo los Decretos de 1953 y 1961 los que se refieren a los inventarios, catálogos y servicios propios del *"patrimonio etnológico o folclórico"* –aunque también con referencia al carácter material de los bienes-.

Tras más de 50 años de vigencia de la Ley sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico Español, se aprobó la vigente Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que, como luego se analizará con más detalle, tiene por objeto principal la actualización de la regulación de esta materia de conformidad con los distintos instrumentos y normas internacionales y atender al mandato del artículo 46 de la Constitución de 1978 (*"Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra*



CONSEJO DE ESTADO

*este patrimonio*) y a la nueva distribución competencial que se establecía entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Es esta Ley 16/1985 la que considera de manera expresa el patrimonio cultural inmaterial aunque no con esta denominación sino como "conocimientos y actividades". En concreto, su título VI regula el Patrimonio Etnográfico, del que forman parte *"los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales"* (artículo 46).

Desde entonces, la mayoría de las normas aprobadas sobre patrimonio cultural (principalmente por las Comunidades Autónomas, como también luego se verá) utilizan esta expresión o, incluso, se integra ya, sobre todo, a partir de la Convención de 2003, el uso de los adjetivos "intangible" o "inmaterial".

c.2 Legislación estatal

c.2.1 Constitución

Hechas ya unas breves precisiones sobre los precedentes históricos de la legislación en esta materia, además del estudio sobre el desarrollo legislativo en el ámbito internacional y del Derecho comparado, procede a continuación examinar las normas vigentes que afectan al denominado patrimonio cultural inmaterial objeto de regulación por el Anteproyecto examinado.

Como ya se ha adelantado más arriba, la Constitución de 1978 dispone en su artículo 46 lo siguiente:

*"Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio".*



El reproducido precepto (señálese a modo de anécdota que en el texto del Anteproyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de la Cortes de 5 de enero de 1978 se empleaba la expresión "salvaguardar" con la que ahora se titula el Anteproyecto de la norma examinada en sintonía con la Convención de 2003) se sitúa dentro del Capítulo III, del Título I de la Constitución, esto es, dentro de los principios rectores de la política social y económica de modo que no pueden ser considerados verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos como el resto de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el citado Título, sino que se trata de lo que viene denominándose como normas jurídicas de carácter programático en el sentido de que tienen por objeto orientar la actuación de los poderes públicos. Los efectos de su ubicación dentro de los principios rectores de la política social y económica son recogidos en el artículo 53.3 de la Constitución en cuanto que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Como ha afirmado una reiterada jurisprudencia constitucional (valga por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio), estos principios del Capítulo III son un mínimo que debe ser respetado y realizado por los poderes públicos, los cuales pueden sobrepasar esas disposiciones iniciales superando esos puntos de partida.

Entrando, pues, en el contenido del precepto constitucional y por lo que afecta al Anteproyecto examinado, se ha caracterizado por regular un concepto amplio y dinámico de patrimonio si se atiende a los bienes que lo integran. Además, el contenido de dicho artículo debe ponerse en conexión con otros preceptos constitucionales que regulan la materia cultura y que afectan al denominado patrimonio cultural inmaterial:

- el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida cultural;
- el artículo 48 establece que los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo cultural;
- el artículo 50 recoge un mandato concreto a los poderes públicos para que establezcan un sistema de servicios sociales



que atienda a los problemas de salud, vivienda, cultura y ocio de los ciudadanos durante la tercera edad;

- la exposición de motivos del Anteproyecto cita también en este contexto el artículo 3.3 de la Constitución cuando, desde una perspectiva no exclusivamente lingüística sino cultural más amplia, declara la pluralidad lingüística española como una riqueza que ha de ser protegida como un patrimonio cultural: *"la riqueza de las diversas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural, que será objeto de especial respeto y protección"*;
- y, desde el punto de vista competencial –aspecto que será examinado con detalle en un su correspondiente apartado-, hay que citar también que el artículo 149.1.28º hace referencia en un sentido amplio al patrimonio cultural, junto al artístico y monumental español (*"Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas"*).

Y todo ello exige ponerlo, a su vez, en unión con la referencia que se hace en el preámbulo de la Constitución, que proclama la voluntad de la Nación española de proteger a todos los españoles y los pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, y tradiciones, lenguas e instituciones.

La Constitución refleja así la existencia real de una cultura española global, pero también la existencia de otros pueblos con lengua, tradiciones y manifestaciones artísticas propias y exige a los poderes públicos que adopten las medidas jurídicas y administrativas necesarias para su protección, conservación y promoción.

En suma, la Constitución reconoce dentro del artículo 46 y en conexión con el resto de preceptos citados (así como su preámbulo) el



CONSEJO DE ESTADO

patrimonio cultural en un sentido amplio, incluyendo el conjunto de manifestaciones que permitan explicar integralmente los rasgos de identidad de un determinado colectivo y, por tanto, abarcando también el denominado patrimonio cultural inmaterial objeto del Anteproyecto y que ya fue, en cierto modo, introducido en la Ley 16/1985 que a continuación se examina. En tal sentido, señala con acierto la exposición de motivos que la Constitución de 1978 ofrece un *"marco conceptual ya claramente receptivo al patrimonio inmaterial, pionero en el contexto constitucional europeo"*.

c.2.2 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, su desarrollo reglamentario y otras normas aplicables

El citado artículo de la Constitución fue, en efecto, objeto de desarrollo por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, desarrollada a su vez por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, modificado por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero.

Por lo que se refiere a la Ley 16/1985, el párrafo tercero de su exposición de motivos define el triple objetivo que perseguía: (i) renovar la legislación en esta materia dada *"la dispersión normativa que, a lo largo del medio siglo transcurrido desde la entrada en vigor de la venerable Ley, ha producido en nuestro ordenamiento jurídico multitud de fórmulas con que quisieron afrontarse situaciones concretas en aquel momento no previstas o inexistentes"*; (ii) atender a los nuevos criterios dados *"por la comunidad internacional y sus organismos representativos (...) que se han traducido en Convenciones y Recomendaciones"* (principalmente, entonces, la Convención de París de 17 de noviembre de 1970); y revisar la normativa de acuerdo con la *"nueva distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas que, en relación a tales bienes, emana de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía"*.

El artículo 1.2 de la Ley 16/1985, siguiendo las tesis principalmente de la doctrina italiana del momento, amplió el concepto de patrimonio histórico a los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los



CONSEJO DE ESTADO

yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico. En este sentido, la exposición de motivos ya anunciaba que *"El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando. En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos"*.

En definitiva, con esta Ley, el concepto de patrimonio se extendió a otros tipos de patrimonio. A los efectos del Anteproyecto que ahora se analiza conviene ahora centrarse en uno de ellos, el etnográfico. El título VI de la Ley 16/1985 regula este patrimonio señalando en sus artículos 46 y 47 lo siguiente:

**Artículo 46**

*Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales.*

**Artículo 47**

*1. Son bienes inmuebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los Títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos*



CONSEJO DE ESTADO

*adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos.*

*2. Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los Títulos III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.*

*3. Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científicos de estos bienes.*

Interesa también destacar de la citada Ley 16/1985, a los efectos del Anteproyecto examinado, que se establece la obligatoriedad de ser inventariados o declarados de interés cultural, configurándose como una de sus piedras angulares, desde la perspectiva de la protección, la Declaración de Bien de Interés Cultural y siendo las Comunidades Autónomas las administraciones competentes y la Administración General del Estado cuando se le atribuya de modo expreso por una norma esa competencia, o sea necesaria su intervención para la defensa contra la exportación ilícita y la expoliación de bienes del Patrimonio Histórico Español (artículo 6).

*Q*  
A modo de recordatorio, se regula también la protección penal de estos bienes siguiendo así el mandato constitucional contenido en el propio artículo 46, fundamentalmente en los artículos 321 a 324 del Código penal, bajo la rúbrica de "Delitos sobre el patrimonio histórico", del Capítulo II del Título XVI del Libro II. También en otros títulos del Código Penal se contempla la realización de actos delictivos respecto a bienes del patrimonio histórico artístico. Así, el artículo 235, contempla la punición por delito de hurto con penas de prisión de uno a tres años si se sustraen cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Además, debe tenerse en cuenta que en la



CONSEJO DE ESTADO

regulación de otros delitos se considera circunstancia agravante el hecho de que el delito se proyecte sobre bienes que integren el patrimonio histórico artístico cultural o científico, como en el delito de estafa, artículo 250.1.3º del Código Penal, o el de apropiación indebida, regulado en el artículo 253 de la misma norma. También en el ámbito penal, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del Contrabando, establece en su artículo 2.2.a), que constituye delito de contrabando cuando se exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. Igualmente, con relación al ámbito penal del patrimonio cultural, recuérdese que la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (la Ley 36/1994 fue modificada por la Ley 18/1998 que incorporó el contenido de la Directiva 96/100/CE, del Parlamento y del Consejo, con el objeto de modificar algunas de las cuantías incluidas en la norma).

Antes de referirse al desarrollo reglamentario de la Ley 16/1985, hay que hacer mención también de la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural. Esta breve norma de cinco artículos integra la Tauromaquia dentro del patrimonio histórico y cultural común de todos los españoles, *"en cuanto actividad enraizada en nuestra historia y en nuestro acervo cultural común, como así lo demuestran las partidas de Alfonso X el Sabio, que ya en el siglo XIII contemplaban y regulaban esta materia"*. Y, más concretamente, dentro de lo que la Ley 16/1985 define como patrimonio etnográfico: a los efectos de esta Ley (la Ley 18/2013), se entiende por Tauromaquia *"el conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia, que confluyen en la corrida de toros moderna y el arte de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español. Por extensión, se entiende comprendida en el concepto de Tauromaquia toda manifestación artística y cultural vinculada a la misma"*. Y su disposición final primera prevé lo siguiente: *"En el plazo máximo de tres meses desde la aprobación de la*



CONSEJO DE ESTADO

*presente Ley, el Gobierno impulsará las reformas normativas necesarias para recoger, dentro de la legislación española, el mandato y objetivos de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO*", lo que ha dado lugar a la tramitación del Anteproyecto objeto de examen.

Por lo que respecta ya al desarrollo reglamentario, por un lado, el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, desarrolló parcialmente la Ley 16/1985, de 25 de julio, del Patrimonio Histórico Español (este Real Decreto ha sido modificado en varias ocasiones, entre otros, por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero o por el Real Decreto 162/2002, de 8 de febrero). El Real Decreto regula la organización y funcionamiento de los órganos colegiados enunciados en el artículo 3º de la citada Ley (título I), desarrolla los instrumentos administrativos básicos (título II), regula la transmisión y exportación de aquellos bienes que revisten un interés cultural relevante (título III) y desarrolla las medidas tributarias previstas en la Ley (título IV). En todo caso, y por lo que respecta al estudio del Anteproyecto objeto de dictamen, el citado Real Decreto no desarrolla los artículos 46 y 47 relativos al patrimonio etnográfico de la Ley 16/1985.

Por otro lado, también en el plano del reglamento, conviene citar el Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre, por el que se establece el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la garantía del Estado en caso de destrucción, pérdida, sustracción o daño de obras de interés cultural que se cedan a museos, bibliotecas o archivos, en desarrollo de la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, norma reglamentaria que tampoco establece ninguna mención a los efectos que ahora interesan sobre el patrimonio cultural inmaterial.

Además de las normas citadas, hay que señalar también que desde los años noventa se vienen desarrollando una serie de "*planes nacionales culturales*" con el fin de coordinar la participación de diversos organismos de la Administración sobre los bienes culturales (el primero fue el Plan de Catedrales aprobado en 1990). A propuesta del Consejo de Patrimonio Histórico, celebrado en Santiago de Compostela en 2010, se expuso la conveniencia de desarrollar un *Plan Nacional de Salvaguarda del Patrimonio*



CONSEJO DE ESTADO

*Cultural Inmaterial* y a tal fin, el Instituto del Patrimonio Cultural de España realizó una convocatoria a las Comunidades Autónomas para que formasen parte de una Comisión de Trabajo que se encargaría de redactar el documento base del Plan.

El citado Plan, que se aprobó en octubre de 2011, tiene como objetivo *"la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, entendiendo por salvaguarda las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del Patrimonio Cultural Inmaterial, comprendidas las acciones de identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización"*. Para ello se establecen los siguientes objetivos concretos: (i) establecer unas bases teóricas consensuadas relativas al concepto y características del patrimonio cultural inmaterial en España, sistemas de registro, documentación, valoración, etcétera; (ii) elaborar proyectos relativos a la identificación, documentación, difusión y promoción de las manifestaciones culturales inmateriales; (iii) sensibilizar a la sociedad y lograr el reconocimiento institucional en el marco de las políticas culturales y (iv) facilitar la información y la coordinación entre administraciones públicas.

c.3 Legislación de las Comunidades Autónomas

Como apunta la exposición de motivos del Anteproyecto, *"la normativa autonómica sobre patrimonio histórico o cultural aprobada entre los años 1990 y 2013 ha venido incorporando, con diferentes fórmulas y denominaciones, los bienes culturales inmateriales"*. También la memoria del análisis de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto reconoce que la normativa autonómica sobre Patrimonio Histórico o Cultural se refiere mayoritariamente, de una forma u otra, a los bienes culturales inmateriales, incorporando los cambios sociales, políticos y culturales que han afectado tanto al concepto de Patrimonio Cultural como a la modificación y desaparición de los bienes que lo componen, tal y como se examina en el apartado relativo a la legislación española.

En efecto, todas las Comunidades Autónomas, en aplicación de sus competencias exclusivas en materia de patrimonio cultural, han procedido a



CONSEJO DE ESTADO

la regulación normativa de esta materia. Se procede a citar, a continuación, las normas autonómicas más relevantes que afectan a esta materia:

- **Andalucía:** la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, señala en su artículo 2 que el patrimonio histórico andaluz se compone de "todos los bienes de la cultura, materiales e inmateriales, en cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o industrial para la Comunidad Autónoma, incluidas las particularidades lingüísticas". Dentro de la regulación del denominado "patrimonio etnológico", se señala que la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz de prácticas, saberes y otras expresiones culturales como actividades de interés etnológico les conferirá preferencia entre las de su misma naturaleza a efectos de su conocimiento, protección, difusión, así como para la concesión de subvenciones y ayudas públicas que se establezcan. Asimismo, serán especialmente protegidos aquellos conocimientos o actividades que estén en peligro de desaparición, auspiciando su estudio y difusión, como parte integrante de la identidad andaluza. A tal fin se promoverá su investigación y la recogida de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las futuras generaciones (artículo 63).
- **Aragón:** la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés, que regula en el Título IV (artículos 72 y siguientes) el patrimonio etnográfico. Divide el conjunto de bienes que lo integran en tres apartados: (i) los lugares, los inmuebles y las instalaciones utilizados consuetudinariamente en Aragón, cuyas características arquitectónicas sean representativas de las formas tradicionales; (ii) los bienes muebles que constituyen una manifestación de las tradiciones culturales aragonesas o de actividades socioeconómicas tradicionales; (iii) las actividades y conocimientos que constituyan formas relevantes y expresión de la cultura y modos de vida tradicionales y propios del pueblo aragonés.

Q



- **Asturias:** la Ley del Principado de Asturias, 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural, incluye los bienes inmateriales en la definición de Patrimonio Etnográfico. En concreto, el artículo 69 señala lo siguiente en su apartado 1: "Integran el Patrimonio Etnográfico de Asturias las expresiones relevantes o de interés histórico de las culturas y formas de vida tradicionales de los asturianos, desarrolladas colectivamente y basadas en conocimientos y técnicas transmitidos consuetudinariamente, esencialmente de forma oral". El apartado 2 señala que se valorará a efectos de su inclusión individualizada, cuando sus méritos así lo justifiquen, en alguna de las categorías que a tal efecto se establecen en la Ley, el interés etnográfico de los siguientes elementos: a) Los lugares que conservan manifestaciones de significativo interés histórico de la relación tradicional entre el medio físico y las comunidades humanas que los han habitado; b) Los lugares vinculados a tradiciones populares, ritos y leyendas especialmente significativos; c) Las construcciones que manifiestan de forma notable las técnicas constructivas, formas y tipos tradicionales de las distintas zonas de Asturias; d) Los bienes muebles e inmuebles ligados a las actividades productivas preindustriales y protoindustriales, a las técnicas de caza y pesca y a las actividades artesanales tradicionales, así como los conocimientos técnicos, prácticas profesionales y tradiciones ligadas a los oficios artesanales; e) Los elementos representativos del mobiliario y el ajuar doméstico tradicionales, y del vestido y el calzado; f) Los juegos, los deportes, la música, las fiestas y los bailes tradicionales, con sus correspondientes instrumentos, útiles y complementos; g) Los refranes, relatos, canciones y poemas ligados a la transmisión oral. El artículo 72 se refiere expresamente a las "Expresiones no materiales" señalando que los conocimientos, actividades, usos, costumbres y manifestaciones lingüísticas y artísticas, de interés etnológico, que trasciendan los aspectos materiales en que puedan manifestarse, serán recogidos, documentados, debidamente protegidos y puestos al servicio de los investigadores y los ciudadanos por los poderes públicos y las instituciones

Q



educativas. A dicho efecto, se apoyará la labor de las asociaciones, instituciones y personas que trabajen en su mantenimiento y revitalización.

- **Canarias:** la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias, que se refiere como las anteriores al patrimonio etnográfico en diversos apartados de la norma haciendo alusión a los "oficios y habilidades, el folclore, ...". Cita expresamente el silbo gomero, además de juegos y fiestas. En el listado de tipos de bienes de interés cultural aparecen también los conocimientos y actividades tradicionales, que pueden ser declarados bajo tres categorías: de Canarias, insulares o de carácter local.
- **Cantabria:** la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria, que incluye también dentro del patrimonio etnográfico a los elementos inmateriales: "conocimientos, prácticas y saberes, transmitidos consuetudinariamente y que forman parte del acervo cultural de la región y particularmente las fiestas populares, las manifestaciones folclóricas, la música tradicional y folk y el vestuario histórico". Introduce seguidamente al patrimonio cultural inmaterial (o bienes inmateriales) como un tipo específico de bien de interés cultural, siguiendo el precedente de la legislación valenciana. En su clasificación para los bienes de interés cultural incluye los lugares culturales entre los que destaca las figuras de "paisajes culturales" y "lugares de interés etnográfico".
- **Castilla-La Mancha:** la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, dispone en su artículo 45 que la protección de los bienes inmateriales declarados como bien de interés cultural se realizará mediante la documentación, recopilación y registro en soporte no perecedero de los testimonios disponibles de estos bienes; asimismo, establece dicho precepto que en cualquier caso, en la declaración de estos bienes se establecerán las medidas concretas de protección y fomento de los mismos.
- **Castilla y León:** la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, en el Título IV, que trata del patrimonio etnológico y lingüístico, tienen su marco de protección las

Q



manifestaciones inmateriales del Patrimonio Cultural (se cita expresamente tanto en la exposición de motivos como en su articulado a los bienes inmateriales o "bienes etnológicos inmateriales"), junto con los bienes, muebles o inmuebles que son testimonio de la cultura y vida tradicionales. Se prevé en él la adopción de medidas para su protección, adecuadas a la naturaleza de los distintos bienes incluidos en dicho concepto. Señala también que en caso de riesgo de desaparición, pérdida o deterioro de estos bienes, la Consejería de Cultura de la Comunidad Autónoma de Castilla y León promoverá y adoptará las medidas oportunas conducentes a su estudio, documentación y registro.

- **Cataluña:** la Ley 2/1993, de 5 marzo, de fomento y protección de la cultura popular y tradicional y del asociacionismo cultural, (la Ley de Cataluña 9/1993, de Patrimonio Cultural Catalán, no atiende apenas al patrimonio etnológico) señala en su artículo 1 su objeto como "la recuperación, el inventario, la protección, la difusión y el fomento de la cultura popular y tradicional catalana, el apoyo e impulso a la dinamización cultural, el desarrollo del asociacionismo cultural y la creación de los órganos superiores ejecutivos y consultivos del Departamento de Cultura en las materias a que se refieren las letras anteriores". El artículo 2 define cultura popular y tradicional como "el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectivas de Cataluña, tanto pasadas como presentes". Prosigue el citado artículo en su apartado 2 (modificado por la Ley 10/2011, de 29 de diciembre) señalando que la cultura popular y tradicional incluye todo cuanto se refiere al conjunto de manifestaciones culturales, tanto materiales como inmateriales, como son las fiestas y las costumbres, la música y los instrumentos, los bailes y las representaciones, las tradiciones festivas, las creaciones literarias, la cocina, las técnicas y los oficios y todas aquellas otras manifestaciones que tienen carácter popular y tradicional, como también las actividades tendentes a difundirlas por todo el territorio y a todos los ciudadanos.

Q



- **Comunidad Foral de Navarra:** la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra, define los bienes inmateriales como aquellos conocimientos, técnicas, usos y actividades representativos de la cultura de Navarra, así como las distintas lenguas, con referencia a sus peculiaridades locales. Considera en su artículo 14 que estos bienes –al igual que los muebles o inmuebles- podrán ser declarados bienes de interés cultural. Además del régimen de protección regulado en el capítulo III para los bienes inmateriales de interés cultural o inventariados posteriormente, el artículo 69 insiste, con relación al patrimonio etnológico, en la protección que ha de darse a los bienes inmateriales, y que irá dirigida a su estudio, investigación, documentación, registro y recogida en cualquier soporte estable para garantizar su aprecio y su transmisión a las generaciones venideras.
- **Comunidad Valenciana:** la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, señala en su artículo 1.3 (modificado por la Ley 5/2007, de 9 de febrero) que “también forman parte del patrimonio cultural valenciano, en calidad de Bienes Inmateriales del Patrimonio Etnológico, las creaciones, conocimientos, técnicas, prácticas y usos más representativos y valiosos de las formas de vida y de la cultura tradicional valenciana”. Asimismo, forman parte de dicho patrimonio como bienes inmateriales las expresiones de las tradiciones del pueblo valenciano en sus manifestaciones musicales, artísticas, gastronómicas o de ocio, y en especial aquellas que hayan sido objeto de transmisión oral y las que mantienen y potencian el uso del valenciano (artículo 26.1). Por otro lado, el artículo 45 (en su nueva redacción dada por el artículo 1.9 de la Ley de la Comunidad Valenciana 7/2004, de 19 de octubre, de modificación de la Ley 4/1998, de 11 de junio), bajo la rúbrica “declaración y régimen de protección” de los bienes inmateriales de interés cultural, dispone en su apartado 1 que “aquellas actividades, creaciones, conocimientos, prácticas, usos y técnicas que constituyen las manifestaciones más representativas y valiosas de la cultura y los modos de vida tradicionales de los valencianos

Q



serán declarados bienes de interés cultural. Igualmente podrán ser declarados bienes de interés cultural los bienes inmateriales que sean expresiones de las tradiciones del pueblo valenciano en sus manifestaciones musicales, artísticas, gastronómicas o de ocio, y en especial aquellas que han sido objeto de transmisión oral, y las que mantienen y potencian el uso del valenciano". El apartado 2 del citado artículo 45 añade que se establecerán por Decreto las medidas de protección y fomento de la manifestación cultural objeto de la declaración que mejor garanticen su conservación. Además, la norma desarrolla cómo se inventariarán los bienes inmateriales y las medidas que garanticen la preservación y difusión de su conocimiento mediante su investigación y documentación. En la reforma de 2004 antes reseñada se incluyen manifestaciones gastronómicas y de ocio como parte del patrimonio cultural inmaterial, además de añadir el "Patrimonio Tecnológico Inmaterial".

Por otro lado, se han aprobado varias normas concretas como la Ley 13/2005, de 22 de diciembre, del Misteri d'Elx, tras la Proclamación por la UNESCO de esta manifestación artística como una de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad. O el Decreto 192/2002, de 26 de noviembre, por el que se declara bien inmaterial de interés cultural el Betlem de Tirisiti, de Alcoy.

- **Extremadura:** la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura, insiste en varias ocasiones desde la propia exposición de motivos en un concepto amplio de Patrimonio Histórico y Cultural que comprende, tanto el patrimonio inmueble y mueble, como todo aquel patrimonio inmaterial o intangible que reúne valores tradicionales de la cultura y modos de vida de nuestro pueblo que son dignos de conservar. Unos y otros están abocados a cumplir un mismo fin, el de transmitirse acrecentado a las generaciones venideras.
- **Galicia:** la Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de Galicia, regula en el Título IV (artículos 64 a 66) el patrimonio etnográfico (integrando así a los bienes inmateriales): "lugares y bienes muebles e inmuebles, así

De



como las actividades y conocimientos que constituyen formas relevantes o expresión de la cultura y modos de vida tradicionales y propios del pueblo gallego en sus aspectos materiales e inmateriales". Establece también la necesidad de protección para los conocimientos, actividades, prácticas, saberes y cualesquiera otras expresiones que procedan de modelos, técnicas, funciones y creencias propias de la vida tradicional gallega. Añade que "cuando estén en previsible peligro de desaparición, pérdida o deterioro, la Consejería de Cultura promoverá y adoptará las medidas oportunas conducentes a su estudio, documentación científica y a su recogida por cualquier medio que garantice su transmisión y puesta en valor".

- **Islas Baleares:** hay que tener en cuenta la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de Illes Balears, modificada en el año 2004 (en concreto, Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública) y la Ley 1/2002 de 19 de marzo, de cultura popular y tradicional.

La Ley 12/1998, cuando fue modificada por la citada Ley 8/2004, incluyó un segundo párrafo en el artículo 5 que define los bienes de interés cultural, señalando que, dentro de los bienes etnológicos inmateriales que integran el patrimonio histórico de las Illes Balears, tienen la consideración de bienes de interés cultural inmaterial aquellos de más valía, relevancia y arraigo y que, como tales, así sean declarados, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley. Dicho artículo 67 se dedica a los bienes etnológicos inmateriales, a los que se refiere de la siguiente forma: Los bienes etnológicos inmateriales, como usos, costumbres, comportamientos o creaciones, juntamente con los restos materiales en los que se puedan manifestar, serán salvaguardados por la Administración competente según esta Ley, y se promoverá su investigación y su recogida exhaustiva en soportes materiales que garanticen su transmisión a las futuras generaciones. Señala también el citado artículo que serán objeto de estudio, documentación y conservación aquellos conocimientos y actividades propias del pueblo de las Illes Balears. El apartado 3 del artículo 67 (modificado también por la Ley 8/2004) señala que



en los bienes etnológicos inmateriales que integran el patrimonio histórico de las Illes Balears, los de más valía, relevancia y arraigo deben ser objeto de protección particular mediante la declaración de éstos como bien de interés cultural inmaterial. La declaración debe realizarse por acuerdo plenario del consejo insular competente, siguiendo el procedimiento establecido con carácter general en la Ley. El acuerdo de declaración de un bien de interés cultural inmaterial tiene que definir las características que lo componen y los elementos que le son propios. Los poderes públicos tienen que velar para proteger y para promover adecuadamente los bienes etnológicos inmateriales que integran el patrimonio histórico y especialmente aquellos bienes declarados de interés cultural inmaterial, así como para conservar sus elementos esenciales, sin perjuicio, en el supuesto específico y concreto de las fiestas declaradas de interés cultural, de lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 19 de marzo, de cultura popular y tradicional, atendiendo a la evolución natural y a la adaptación histórica de cada fiesta.

La Ley 1/2002 de 19 de marzo, de cultura popular y tradicional, regula lo que se conoce como patrimonio cultural inmaterial. Así, su exposición de motivos comienza haciendo referencia a que la cultura popular y tradicional, a través de sus múltiples y muy diversas manifestaciones, es considerada por todo el mundo como uno de los elementos que configuran y definen la personalidad colectiva de los pueblos. Así, una parte sustancial de la identidad de los pueblos de Mallorca, Menorca, Eivissa y Formentera tiene su expresión en manifestaciones como la literatura oral, los bailes, la música, los juegos, las fiestas, las costumbres, la gastronomía, los oficios artesanales, las técnicas de trabajo, los bienes muebles, la arquitectura tradicional, etcétera. Y el artículo 2 hace la siguiente definición: "1. A los efectos de esta Ley, se entiende por cultura popular y tradicional el conjunto de las manifestaciones de la memoria y de la vida colectiva de los pueblos de las Illes Balears, tanto las que todavía se mantienen vigentes como las que han desaparecido a causa de los cambios históricos y sociales. 2. La cultura popular y tradicional incluye todo lo que hace referencia

Q



al conjunto de las manifestaciones culturales, tanto materiales como inmateriales, como son la música y los instrumentos, los bailes, la indumentaria, las fiestas, las costumbres, las técnicas y los oficios, la gastronomía y los juegos, los deportes, las danzas rituales o religiosas, las representaciones, las creaciones literarias, así como todas aquellas otras actividades que tienen carácter tradicional y que han sido o son populares”.

- **La Rioja:** la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, se refiere a los conocimientos, actividades, usos, costumbres y manifestaciones lingüísticas y artísticas de interés etnológico, pero añade que trasciendan los aspectos materiales en los que puedan manifestarse. Para ello, lo que se establece es su documentación y estudio, recogido en soportes protegidos, con el fin de garantizar su transmisión a las generaciones futuras. En el listado de tipos o categorías de bienes de interés cultural aparece un apartado en el que se dice que los bienes inmateriales, fundamentalmente constitutivos del Patrimonio Etnográfico de La Rioja, podrán ser declarados como Bienes de Interés Cultural y se registrarán con modernas técnicas audiovisuales para su preservación, difusión y transmisión, en toda su pureza y riqueza visual y auditiva, a las generaciones futuras.
- **Madrid:** la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, regula en su artículo 33 el patrimonio cultural inmaterial, recoge un concepto acorde con el establecido por la UNESCO en la Convención para la salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial de 2003 e incorpora un régimen jurídico especial para este tipo de patrimonio, poniéndose en relación con su específica protección mediante su declaración como Bien de Interés Cultural o de Interés Patrimonial en la categoría de “Hecho Cultural”. El Patrimonio Cultural Inmaterial de la Comunidad de Madrid comprende tanto tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos y conocimientos o prácticas vinculadas a la artesanía tradicional propias de su territorio. Con el fin de conocer y proteger el Patrimonio Cultural Inmaterial de la Comunidad de

Q



Madrid, la Dirección General competente en materia de patrimonio histórico promoverá su estudio y configurará un inventario sistemático. Las manifestaciones más significativas del Patrimonio Cultural Inmaterial que sean declaradas Bien de Interés Cultural o de Interés Patrimonial en la categoría de Hecho Cultural serán protegidas mediante su estudio y documentación pormenorizada con el objeto de garantizar su memoria y transmisión a las generaciones venideras.

- **País Vasco:** la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco, se considera como una de las primeras normas en nuestro ordenamiento jurídico español en tratar de forma expresa a los bienes inmateriales que comprende el patrimonio etnográfico. El artículo 2.2 comienza señalando que los bienes que componen el patrimonio cultural del pueblo vasco, que pueden ser calificados e inventariados, deberán clasificarse en algunas de las siguientes categorías: (i) Monumento, entendiéndose por tal todo bien mueble o inmueble que individualmente considerado presenta un interés cultural; (ii) Conjunto monumental, entendiéndose por tal toda agrupación de bienes muebles o inmuebles que conforman una unidad cultural; (iii) Espacio cultural, entendiéndose por tal el constituido por lugares, actividades, creaciones, creencias, tradiciones o acontecimientos del pasado vinculados a formas relevantes de la expresión de la cultura y modos de vida del pueblo vasco (definición que integra el patrimonio cultural inmaterial). En concreto, el capítulo V del Título III regula el patrimonio etnográfico y lo define del siguiente modo: "se considera patrimonio etnográfico al conjunto de bienes materiales e inmateriales en que se manifiesta la cultura tradicional del País Vasco". El artículo 53 de la Ley 7/1990 dispone que los bienes etnográficos inmateriales, como usos, costumbres, creaciones, comportamientos, que trascienden de los restos materiales en que puedan manifestarse, serán salvaguardados por la Administración competente según esta ley, promoviendo para ello su investigación y la recogida exhaustiva de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las generaciones futuras.

Q



- **Región de Murcia:** la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, donde se hace referencia en diversas ocasiones a los bienes inmateriales como constitutivos del patrimonio cultural inmaterial. El título V se dedica al patrimonio etnográfico de la Región de Murcia y se indica que los bienes que lo integran gozarán de la protección establecida en la Ley y podrán ser clasificados conforme a las categorías previstas en el artículo 2 de la misma. El legislador –como ya se anuncia en la exposición de motivos de la ley regional y se desarrolla en el artículo 66- tiene en cuenta, además de la cultura del agua, el especial carácter de los bienes inmateriales de valor etnográfico, al establecer que cuando éstos se encuentren en previsible peligro de desaparición, pérdida o deterioro, la dirección general con competencias en materia de patrimonio cultural promoverá y adoptará las medidas oportunas conducentes a su protección, conservación, estudio y documentación científica y a su recogida por cualquier medio que garantice su protección y su transmisión a las generaciones futuras.

De todo lo expuesto sobre la legislación autonómica, resultan ahora algunas conclusiones relevantes a los efectos del Anteproyecto objeto de examen.

Por un lado, la exposición de motivos del texto normativo proyectado, a diferencia del detallado estudio que hace con relación a otros aspectos del patrimonio cultural inmaterial como la legislación internacional, sin embargo apenas le dedica un breve párrafo a la legislación autonómica limitándose a señalar que, a partir de 1990, “ha venido incorporando con diferentes fórmulas y denominaciones, los bienes culturales inmateriales”. Basta con recordar a este respecto, como se ha expuesto, que los diecisiete ordenamientos jurídicos autonómicos han regulado esta materia.

Por otro lado, señala la memoria –que sí se hace eco del importante elenco de normas autonómicas que han entrado a regular la materia en cuestión- que *“resulta evidente la disparidad de las regulaciones de las*



CONSEJO DE ESTADO

*Comunidades Autónomas, que recogen diferentes previsiones y tratamientos acerca de la protección y salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y cuentan con distintas figuras de protección".* Prosigue la memoria justificando esta "disparidad de las regulaciones" en la "ausencia de una regulación estatal específica en esta materia y a que muchas de estas normas son anteriores a la Convención de la UNESCO".

Con relación a esta cuestión hay que tener en cuenta, por una parte, que muchas de las regulaciones autonómicas han seguido criterios muy análogos y, por otra, que todas ellas (con alguna parcial excepción) han regulado el patrimonio cultural inmaterial dentro de la norma general reguladora de la materia del patrimonio histórico de la correspondiente Comunidad Autónoma, como luego se hará referencia al tratar la cuestión relativa a la concepción unitaria de este tipo de patrimonio.

En efecto, la mayoría de las normas autonómicas citadas prevén expresamente la posibilidad de otorgar protección a bienes inmateriales, en las categorías genéricamente previstas para el resto de bienes del patrimonio histórico y sin prever mecanismos específicos para su conservación y salvaguardia. Aun cuando, en un inicio las primeras normas podían tratar de desarrollar, en el ámbito de sus competencias autonómicas, el concepto de patrimonio etnográfico recogido en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sin embargo las posteriores normas que se han ido aprobando o las revisiones de las primeras han venido aprobando disposiciones más avanzadas que establecen tratamientos específicos para el patrimonio inmaterial y que incluso recogen algunas de las previsiones de la Convención de la UNESCO de 2003, como ocurre en el caso de la Ley de Cataluña 2/1993, de 5 marzo, de fomento y protección de la cultura popular y tradicional y del asociacionismo cultural, modificada a tal efecto por la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, o la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de Illes Balears (modificada por la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública).

9



#### **d) El concepto de patrimonio cultural inmaterial**

El patrimonio cultural inmaterial, en la medida en que su afirmación supone el reconocimiento de las distintas identidades y, en suma, el respeto a la diferencia entre unos pueblos y otros, ha sido tratado desde muy diversas perspectivas sociológica, antropológica, religiosa, jurídica, ..., además de su importancia para sectores como el turismo y, como se ha analizado en los apartados anteriores, en las últimas décadas se ha llevado a cabo un constante proceso de reconocimiento con el objeto de contrarrestar, como han puesto de manifiesto las principales recomendaciones y conferencias internacionales, los efectos que puede acarrear el fenómeno de la globalización.

La exposición de motivos del Anteproyecto comienza señalando en su apartado I que el concepto de patrimonio cultural ha evolucionado desde lo artístico e histórico y de lo monumental como valores y tipologías centrales a incorporar también otros elementos que integran una nueva noción ampliada de la cultura derivada de la teorización científica de la etnología y la antropología, a la que se asocia un incremento de la conciencia social acerca de estas otras expresiones y manifestaciones de la cultura. Es lo que la parte expositiva -sobre la base de las doctrinas de Cassese en los años setenta- denomina como *"el tránsito de los 'bienes cosa' a los 'bienes actividad' o, dicho en términos más actuales, de los bienes materiales a los bienes inmateriales"*. No obstante, se reconoce que el proceso de emergencia del patrimonio inmaterial es largo en el tiempo haciendo la exposición de motivos del Anteproyecto una detallada configuración histórica de los estudios etnográficos y antropológicos, desde que lograron estatus científico en los últimos años del siglo XIX *"impulsando el florecimiento del interés hacia las formas de expresión de la cultura tradicional"* y recordando, entre los estudiosos de folclore en España, la labor de Antonio Machado Álvarez, creador, en 1881, de la "Sociedad para la recopilación y estudio del saber y de las tradiciones populares", siguiendo la estela de otras iniciativas adoptadas en aquellos años fuera de España, principalmente en Inglaterra.

Ahora bien, pese a todos estos estudios, en la esfera jurídica no tuvo el patrimonio cultural inmaterial el reconocimiento que sí tuvo el patrimonio histórico material, siendo muy posteriores los esfuerzos que se dedicaron a



CONSEJO DE ESTADO

reconocer la necesidad de un sistema de protección jurídica para este tipo de bienes de naturaleza inmaterial o intangible, tal y como se ha referido en los apartados previos del presente dictamen.

La característica de la inmaterialidad –tradicionalmente invocada en el ámbito del Derecho privado dentro de las llamadas “propiedades especiales”, como la propiedad intelectual o la industrial, en cuanto propiedades que recaen sobre bienes cuya naturaleza difiere de las clásicas propiedades sobre bienes materiales y que se caracteriza básicamente por su inaprehensibilidad- es común a diversas materias tales como el espacio (aéreo o radioeléctrico), el paisaje o la cultura.

En un sentido estricto, puede decirse que la noción misma de patrimonio cultural inmaterial –frente al patrimonio cultural material- es equívoca, pues el patrimonio cultural en su conjunto es patrimonio de cultura y, como se ha dicho por la doctrina, “es forma, no materia”. Son varias las teorías elaboradas por los autores para definir el concepto de bienes culturales aunque sobresalen –y así ha sido destacado por la exposición de motivos del Anteproyecto- las posiciones elaboradas desde Italia a través de la denominada Comisión Franceschini (oficialmente conocida como “*d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*”, instituida por la Ley nº 310 de 26 de abril de 1964) cuyas teorías fueron desarrolladas fundamentalmente por uno de sus miembros, Massimo Severo Giannini, quien acuñó el término de patrimonio cultural, definido a través de una enumeración de los diferentes bienes culturales. En este punto, una de las más importantes aportaciones de esta teoría es la que se refiere a la naturaleza jurídica de los bienes culturales afirmando que el bien cultural tiene como soporte una cosa, pero no se identifica siempre con la cosa en sí misma. Así, el bien cultural lo califica como “inmaterial” en cuanto que en él se da un valor cultural que es inmaterial sin perjuicio de que dicho bien cultural tenga como soporte una determinada cosa material. De este modo se identifica bien cultural en un sentido amplio más allá del estrictamente material y relacionado con los modos de pensar, sentir y vivir de los grupos sociales en el tiempo y en el espacio en los términos en los que se define en el artículo 2.1 de la Convención de 2003.

Q



En el texto articulado del Anteproyecto, su artículo 2 lleva por rúbrica "Concepto de Patrimonio Cultural Inmaterial" que se define, en ese mismo sentido anteriormente expuesto, a través de los bienes que lo integran. En concreto, señala lo siguiente:

*"A efectos de esta ley, tendrán la consideración de bienes del Patrimonio Cultural Inmaterial los usos, culturas, tradiciones, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su Patrimonio Cultural, y en particular:*

- a) tradiciones y expresiones orales, incluidas las lenguas y las particularidades lingüísticas como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;*
- b) artes del espectáculo;*
- c) usos sociales, rituales y actos festivos;*
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;*
- e) técnicas artesanales tradicionales;*
- f) elaboraciones culinarias y alimentación;*
- g) aprovechamientos específicos de los paisajes naturales".*

El Anteproyecto opta por una definición muy similar –aunque no idéntica- a la de la Convención de 2003 que dice lo siguiente en su artículo 2.1:

*"Se entiende por 'patrimonio cultural inmaterial' los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial*





CONSEJO DE ESTADO

*que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible".*

Seguidamente, el artículo 2.2 de la Convención prevé que el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:

- a) *tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;*
- b) *artes del espectáculo;*
- c) *usos sociales, rituales y actos festivos;*
- d) *conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;*
- e) *técnicas artesanales tradicionales.*

Se adopta, por tanto, la definición que tradicionalmente ha venido integrando la idea de este tipo de patrimonio inmaterial en cuanto manifestación cultural viva asociada a significados colectivos compartidos y con raigambre en una comunidad; de ahí que se consideren patrimonio cultural de grupos, de comunidades o de áreas culturales (*"y en algunos casos los individuos"*) porque, además de formar parte de la memoria de la comunidad en donde se crearon, son fruto de la vocación colectiva por mantenerlas vivas y por ser reconocidas como parte integrante del patrimonio cultural propio. Es cierto que el Anteproyecto ha introducido la expresión sin que de la memoria ni del resto del expediente se explique su inclusión.

Por tanto, no se formula ninguna objeción de fondo acerca de la definición de patrimonio cultural inmaterial que hace el Anteproyecto y que, como se ha dicho, sigue los parámetros que la Convención emplea para definir dicho patrimonio.

En todo caso, sí que convendría reconsiderar algunas expresiones a fin de mejorar la redacción dada en el Anteproyecto (por ejemplo, la inclusión del término "culturas" como bien integrante del patrimonio cultural) o evitar reiteraciones innecesarias (por ejemplo, se dice que *"tendrán la consideración de bienes del Patrimonio Cultural Inmaterial (...) las tradiciones ... que las*



CONSEJO DE ESTADO

*comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su Patrimonio Cultural, y en particular: a) tradiciones y expresiones orales ...").*

A este respecto hay que destacar también que el artículo 2 del Anteproyecto añade en la lista de ámbitos en los que se manifiesta el patrimonio cultural inmaterial las *"elaboraciones culinarias y alimentación"* (apartado f) y los *"aprovechamientos específicos de los paisajes naturales"* (apartado g). No se cuestiona la enorme importancia de ambos aspectos a los efectos del patrimonio cultural inmaterial. A modo de ejemplo, en el caso de las elaboraciones culinarias, el Comité Intergubernamental de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial acordó inscribir la Dieta Mediterránea en la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad (se trata de una candidatura transnacional presentada conjuntamente por España, Grecia, Italia y Marruecos, y coordinada técnicamente por la Fundación Dieta Mediterránea), como una práctica social basada en el conjunto de habilidades, conocimientos y tradiciones que van *"desde el paisaje a la mesa"* que ha sido transmitida de generación en generación como *"estilo de vida singular"* por ser propia de los pueblos que habitan en las tierras que rodean este mar y que influye en actividades como la cosecha, recolección, pesca, conservación, transformación, preparación, cocina, y especialmente en la alimentación.

Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, sería más adecuado integrar estos dos apartados más concretos en alguno de los anteriores que tienen un carácter más general (por ejemplo, las técnicas artesanales o la tradición o los usos sociales, ...). Téngase en cuenta que la cuestión relativa a la gastronomía podría tener implicaciones en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual especiales, regulados en el Reglamento (UE) nº 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, (además de un Informe del Parlamento Europeo sobre el patrimonio gastronómico europeo de 2013) que proclama en su considerando primero que *"la calidad y diversidad de la producción agrícola, pesquera y acuícola de la Unión constituye uno de sus importantes puntos fuertes, lo que ofrece una ventaja competitiva para sus productores y contribuye de manera importante al*



CONSEJO DE ESTADO

*patrimonio cultural y gastronómico vivo de la Unión*". Y, por otro lado, en cuanto a los aprovechamientos especiales de paisajes suelen ser un elemento esencial de muchas de las declaraciones de patrimonio natural/cultural clásico del convenio del patrimonio mundial (Costa amalfitana, Doñana, Bali, ...). Ocurre lo mismo en el ámbito de la legislación española toda vez que forman parte de los elementos que llevan a proteger un paisaje y sobre todo es elemento esencial de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), de muchas figuras de espacios protegidos (bancales mallorquines, agricultura tradicional vs. industrial y sus productos, etcétera). Todas estas precisiones exigen que el Anteproyecto examinado sea debidamente coordinado con las previsiones contenidas en otras normas, especialmente en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, o el Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia en el año 2000 y que España ratificó el 26 de noviembre de 2007 (entró en vigor el 1 de enero de 2008).

Esta misma coordinación a la que se ha aludido es predicable con relación al apartado d) del artículo 2 del Anteproyecto que se refiere a los "conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo", aun cuando se trata de una reproducción literal de la Convención de 2003. Téngase en cuenta que ésta ya se ha visto superada por el Protocolo de Nagoya de 2010 sobre acceso a recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a los mismos, que entra en vigor el próximo 12 de octubre, así como por las negociaciones en curso en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que prevé, con el objeto de proteger mejor los conocimientos tradicionales hoy en día regulados en España por el artículo 70 de la Ley 42/2007, otras figuras de derechos *sui generis* de propiedad intelectual.

**e) Concepción unitaria del patrimonio histórico**

Señala la memoria del análisis de impacto normativo que, en relación con la elaboración del Anteproyecto de Ley de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, se han planteado dos alternativas principales a la hora de proceder a su redacción. Por un lado, "la alternativa de no proceder a la regulación de una norma de protección del patrimonio cultural inmaterial", opción que, prosigue señalando la memoria, fue descartada desde un inicio

Q



CONSEJO DE ESTADO

toda vez que la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, regula de manera insuficiente y desactualizada las peculiaridades propias del patrimonio cultural inmaterial. Y, si bien es cierto que en dicha Ley se contiene un Título VI relativo al patrimonio etnográfico, *"éste no resulta suficiente para asegurar una adecuada salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial"*. Por otro lado, dice la memoria que *"podría procederse a la modificación de dicha norma [Ley 16/1985], en vez de confeccionar una nueva ley"*. Sin embargo, concluye la memoria respecto de esta segunda alternativa que la mayoría de las normas aprobadas sobre Patrimonio Cultural utilizan esta expresión de "patrimonio cultural inmaterial" y que la Ley 16/1985, de 25 de junio, por tanto, se revela insuficiente para la protección completa de este tipo de patrimonio: *"Es por ello por lo que integrar las novedades que provienen, tanto de la Convención, como de la muy profusa normativa autonómica en la materia, en el esquema actual de la Ley de 1985, mediante una reforma parcial de la misma, no resulta aconsejable ni técnicamente deseable, toda vez que las especificidades y particularidades que conciernen al ámbito del patrimonio cultural inmaterial hacen preferible, en términos de seguridad jurídica, proceder a la regulación de un nuevo cuerpo normativo, en consonancia por lo demás con lo pretendido por la UNESCO"*. Y, por último, señala la memoria que *"la alternativa por la que finalmente se ha optado, visto lo anterior, es la de redactar un nuevo texto legal que contenga, de manera razonada, toda la regulación en relación con la protección y salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial (...) La singularidad de bienes que forman parte del Patrimonio Cultural Inmaterial y de los mecanismos para su protección hace que su integración en dicho texto legal plantee dificultades, tanto por la especial naturaleza de los bienes a proteger, como por el tipo de acciones necesarias para su salvaguarda. Por ello, se ha optado por aprobar una ley independiente que, sin renunciar a los ajustes puntuales de la Ley 16/1985 para garantizar su adecuada integración en el Patrimonio Histórico Español, proporciona una cobertura jurídica propia a esta categoría patrimonial, que excede los límites del patrimonio etnográfico, sin perjuicio de lo que para sus respectivos ámbitos territoriales han acordado o puedan acordar, en el ejercicio de sus competencias, las Comunidades Autónomas"*.

Estas son las razones que, según la memoria, justifican la tramitación de una ley independiente de la Ley 16/1985. Sin perjuicio de que se



CONSEJO DE ESTADO

trata de una legítima opción que adopta el prelegislador en el seno de sus competencias, conviene examinar las cuestiones que suscita la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la legislación proyectada como norma autónoma y su imbricación con el resto de normas aprobadas, en particular con la citada Ley 16/1985, examinando los concretos objetivos perseguidos por el Anteproyecto y valorando, en su caso, otras posibles instrumentaciones jurídicas a fin de asegurar los fines propuestos con mayor eficiencia. Todo ello, como ya ha expuesto el Consejo de Estado en otros muchos casos, en el marco de una función consultiva que se refiere aquí a un Anteproyecto de Ley, que se desenvuelve dentro las amplias competencias y capacidad de decisión que al Gobierno corresponden en la dirección política y en las propuestas legislativas que decida elevar a las Cortes, que pueden responder a muy diversas políticas y orientaciones y para las que, en consecuencia, dispone de un margen de apreciación mucho más amplio y sustancialmente distinto al que el Gobierno ha de aplicar, por ejemplo, en el ejercicio de su potestad reglamentaria de desarrollo de un texto normativo previo.

En efecto, como se ha venido exponiendo en apartados previos, la inclusión de las manifestaciones culturales de índole inmaterial en los ordenamientos jurídicos nacionales es un hecho que ha comenzado a tomar forma en las últimas décadas, al hilo de su creciente aprecio social con el fin de contrarrestar los efectos que a este respecto generaba el llamado proceso de globalización y del reconocimiento en el ámbito internacional de un patrimonio cultural que va más allá del estrictamente tangible. Esta inserción ha ido acompañada de un proceso de renovación jurídico doctrinal sobre el patrimonio cultural, en la que ya se ha recordado anteriormente la aportación, especialmente, de la doctrina italiana que propone un nuevo concepto expansivo de bien cultural (*"il bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà"*).

En esta senda descrita se condujo también nuestra Constitución cuyo artículo 46 ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en cuanto a cuáles son los bienes que deben entenderse como incluidos en el Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico; una aproximación a esta cuestión la proporciona la STC 17/1991 que afirma la existencia de *"un estatuto peculiar de unos determinados bienes que, por estar dotados de singulares características,*



CONSEJO DE ESTADO

*resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores de una especial consideración y protección, en cuanto dichos valores, y hasta los mismos bienes, son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal".*

Amparado en este concepto amplio constitucional, es la norma que desarrolla el citado precepto de la Constitución, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, a partir de la cual se consideran expresamente los valores inmateriales del Patrimonio, denominándolos "conocimientos y actividades". La Ley integra dentro del Patrimonio Histórico Español "los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico y antropológico". Y el Título VI se refiere al "Patrimonio Etnográfico", del que forman parte "los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales" (artículo 46). De modo que también esos aspectos sociales y espirituales son valores patrimoniales intangibles o inmateriales. Estos conocimientos y actividades tendrán valor etnográfico y gozarán de protección administrativa cuando procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. De la misma manera, si están en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científicos de estos bienes.

En nada vincula, por tanto, a nuestro legislador el hecho de que en el ámbito internacional los instrumentos de protección y salvaguardia del patrimonio cultural material e inmaterial aparezcan separados en dos normas distintas, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, cultural y natural de 1972 (que estableció los principios por los que se seleccionarían los bienes del Patrimonio Mundial) y la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003.



Por otro lado, en todos los bienes culturales –tangibles o intangibles- la imbricación entre lo material e inmaterial es relevante. O dicho de otro modo, el patrimonio inmaterial no es ajeno a la materia, resultando prácticamente imposible separar lo material de lo inmaterial en el contexto de la cultura, como ha venido exponiendo la mayoría de la doctrina en los últimos tiempos. Cuestión distinta es que la conformación externa de los soportes a través de los que se manifiesta el patrimonio cultural inmaterial permita esa distinción entre lo material e inmaterial, pudiéndose en unos casos compartir y en otros diferenciar mecanismos de protección, (por ejemplo, en la protección de los primeros primará la idea de conservación del bien, mientras que en los segundos destaca una acción de salvaguardia de las manifestaciones culturales objeto de protección) pero su interdependencia es absoluta y prueba de ello es que el propio Anteproyecto, en su artículo 4 se refiere a la "protección de los bienes materiales asociados".

La propia Convención de la UNESCO, en sus considerandos, expone lo siguiente: "*Considerando la profunda interdependencia que existe entre el patrimonio cultural inmaterial y el patrimonio material cultural y natural*", lo que apunta igualmente a la tendencia a tratar el patrimonio cultural de manera unitaria evitando la escisión del patrimonio en dos bloques normativos.

Por tanto, el hecho de que en la práctica de la protección del patrimonio inmaterial se puedan detectar dificultades que, en gran medida, obedecen a la ausencia de un marco legal adecuado a la naturaleza inmaterial de los bienes que se pretenden proteger, no debería ser una razón en sí misma suficiente para aprobar una ley independiente del cuerpo legislativo general que regula el patrimonio histórico y en la que ya se reconocía ese patrimonio inmaterial ("etnográfico") con medidas de protección general para todo el patrimonio histórico en su conjunto. En efecto, la legislación estatal, a partir de 1985 va más allá del patrimonio material o del bien físico y, si bien es cierto que las medidas de protección hasta ahora reflejadas están principalmente orientadas a la conservación y protección de los bienes materiales, muebles o inmuebles, esto no significa que no puedan incorporarse en la norma las especificidades del régimen de protección que puedan exigir los bienes de



CONSEJO DE ESTADO

naturaleza inmaterial, además de que varias de las medidas que la vigente Ley contempla puedan igualmente resultar eficaces para la protección de dichos bienes inmateriales.

En este mismo sentido se han pronunciado también algunos informes de Comunidades Autónomas (por ejemplo, la Consellería de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana o la Junta de Castilla y León) que señalan que la aprobación de una ley específica para el patrimonio cultural inmaterial rompe con la concepción y el enfoque unitario del patrimonio histórico y que una aproximación unitaria del patrimonio cultural –material e inmaterial- no es incompatible con el diseño y la aplicación de regímenes de tutela diferenciados a los distintos elementos constitutivos del patrimonio.

La memoria se refiere a que la Ley proyectada prevé la elaboración de un futuro texto refundido en materia de protección del patrimonio histórico, "en el que se integren debidamente regularizadas y armonizadas, la Ley 16/1985, de 25 de junio, y la presente ley, así como las disposiciones en materia de protección del patrimonio histórico contenidas en norma con rango de ley". Esta previsión legislativa a la que se refiere la memoria no se recoge en la última versión del texto proyectado. Pero, en todo caso, pone de manifiesto la innecesariedad de la aprobación de una ley especial. Sería, pues, más deseable por razones, entre otras, de eficacia legislativa y buena técnica normativa incorporar ahora las nuevas previsiones proyectadas directamente en la Ley 16/1985 con los correspondientes ajustes que en esta última debieran llevarse a cabo, recogiendo así todas aquellas cuestiones relativas a la conservación y protección del patrimonio cultural material e inmaterial, evitando una siempre indeseada dispersión normativa.

Las Comunidades Autónomas han regulado todas ellas, como se ha desarrollado en el apartado c.3 de las presentes consideraciones de este dictamen, el patrimonio cultural de manera global, modificando en la mayoría de los casos sus correspondientes normas de patrimonio histórico para incorporar las recomendaciones o conclusiones de conferencias internacionales con relación al patrimonio cultural inmaterial como, por ejemplo, ocurrió con Cataluña o la Comunidad Valenciana que modificaron, en 2011 y 2007 respectivamente, sus correspondientes leyes de patrimonio histórico para



CONSEJO DE ESTADO

insertar las tendencias asentadas ya desde la Conferencia de la UNESCO de 2003. Tan solo puede destacarse el caso de las Islas Baleares en el que se atiende separadamente en dos normas al patrimonio histórico (Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de Illes Balears, aunque en su artículo 67 también se reconocen los denominados "bienes etnológicos inmateriales", como usos, costumbres, comportamientos o creaciones, juntamente con los restos materiales en los que se puedan manifestar) y al patrimonio cultural inmaterial (Ley 1/2002 de 19 de marzo, de cultura popular y tradicional).

Finalmente, hay que señalar que la propia disposición final primera del Anteproyecto integra este tipo de patrimonio –inmaterial- dentro del "Patrimonio Histórico Español". Una razón más que lleva a este Consejo de Estado a sugerir que la propuesta proyectada en dicha disposición podría resultar más coherente si dentro de la norma que regula el Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985) se incorporasen las disposiciones ahora previstas en el Anteproyecto.

En definitiva, y a la vista de todo lo expuesto, se sugiere reconsiderar la alternativa por la que se ha optado de adopción de medidas legislativas adicionales independientes de la Ley 16/1985. A juicio del Consejo de Estado, la inclusión de las previsiones legislativas proyectadas en dicha Ley 16/1985 podría configurar una regulación más acabada y coherente con el concepto amplio de patrimonio cultural al que se tiende en los últimos tiempos -y en sintonía con otros ordenamientos incluido el autonómico- en el que se incluyen una multitud de ámbitos que se abordan con carácter integrador, además de permitir una mayor simplificación de nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello, como ya se ha advertido más arriba, sin perjuicio de que se trata, en todo caso, de una legítima opción llevada a cabo dentro de la capacidad de decisión que corresponde al Gobierno en el seno de sus competencias de dirección política y en las propuestas legislativas que decida elevar a las Cortes.

9

**f) Título competencial**

Una de las piedras angulares del Anteproyecto es la cuestión competencial como puede advertirse del preámbulo, a la que le dedica más de la mitad de su extensión, y del propio articulado cuyo Título III lleva por rúbrica



CONSEJO DE ESTADO

*"Competencias de la Administración General del Estado"*, además de que en casi todos los demás preceptos se hacen constantes referencias a la distribución competencial en las actuaciones de los poderes públicos sobre los bienes del patrimonio cultural inmaterial.

La exposición de motivos comienza señalando que nuestra Constitución incorpora, en materia de cultura, un *"sistema competencial complejo y con reglas de una densa especificidad sin parangón en otras materias"*, teniendo en cuenta la horizontalidad del propio concepto. Y seguidamente explica cómo se insertan las competencias que el Estado ejercita en la norma proyectada distinguiendo cuatro grandes bloques: (i) regulación de un *"tratamiento general"* del patrimonio cultural inmaterial en cuanto que se limita a *"perfiar un conjunto de líneas maestras que no impide a su vez que las Comunidades Autónomas (...) puedan dictar sus regulaciones específicas"*; (ii) se asume una tarea exigida constitucionalmente como es el desarrollo del *"mandato de promover la puesta en valor de la cultura común"*; (iii) la *facilitación de la comunicación cultural entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí a través de la colaboración interadministrativa*; y (iv) la *defensa del patrimonio inmaterial contra la expoliación y la exportación de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.28ª de la Constitución*.

En efecto, el artículo 46 de la Constitución establece que los poderes públicos están obligados a garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España, así como de los bienes materiales que lo integran. La materialización de tal postulado constitucional precisa de la intervención del conjunto de las Administraciones públicas.

En el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al primero se reserva, de conformidad con lo establecido en los artículos 44, 46 y 149.1 y 2 de la Constitución, garantizar la conservación del patrimonio histórico español así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a la cultura. Asimismo, de acuerdo con el artículo 149.1.28 de la Constitución, al Estado corresponde la *"Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad"*



CONSEJO DE ESTADO

*estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas".*

Por su parte, el artículo 148 en sus apartados 15<sup>a</sup>, 16<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> recoge distintas materias relacionadas con la cultura; museos, bibliotecas, patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma o fomento de la cultura, como asumibles por las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional ya afirmó en su temprana Sentencia 84/1983 que existe en la materia cultura en sentido amplio un impreciso deslinde competencial por la amplitud de la materia en relación especialmente a lo que establece el artículo 149.2, el cual afirma que, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio a la cultura como deber y atribución esencial, reconociéndose en todo caso una importante amplitud a la competencia legislativa del Estado. De modo que la cuestión estriba en determinar un criterio delimitador en este tema entre el Estado y las Comunidades Autónomas, estableciendo el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 153/1985, el criterio general de la finalidad específica a la que la norma pretende atender, señalando que en los supuestos en que la disposición cuestionada *"pueda entenderse comprendida en más de una regla definidora de competencias, debe determinarse cuál de ellas es la prevalente, teniendo presente, junto con los definidos ámbitos competenciales, la razón o fin de la norma atributiva de competencia y el contenido del precepto cuestionado"*.

A este respecto deben tenerse en cuenta, entre otras, varias recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 136/2013 que conoció de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley de Castilla y León 8/2004, de 22 de diciembre, que introduce una disposición adicional séptima en la Ley 12/2002, de 11 de julio, del patrimonio cultural de Castilla y León, examinando si la declaración como bien de interés cultural de la documentación que se contiene en los archivos de titularidad estatal a que se refiere el precepto impugnado, conlleva la sujeción de tales documentos al régimen que establece la Ley 12/2002, con el consiguiente menoscabo de las competencias estatales. Señala la citada Sentencia lo siguiente:



*"En principio, podría pensarse que no hay problema en la atribución de la condición de bien de interés cultural por la Comunidad Autónoma de Castilla y León a la documentación recogida en los archivos de titularidad estatal radicados en su territorio y que se explicitan en la Ley 8/2004, siempre y cuando esa calificación supusiera, únicamente, añadir una sobreprotección a dichos fondos documentales, sin menoscabar o perturbar el lícito ejercicio de sus competencias por parte del Estado en cuanto a la regulación, disposición y gestión de esos archivos de su titularidad (...). Sin embargo, y a pesar de ser una de las finalidades de la Ley 12/2002 la protección del patrimonio cultural de Castilla y León (art. 1.1), lo que se coherente con la declaración efectuada en la Ley 8/2004, lo cierto es que, al igual que sucedía en el supuesto resuelto por la STC 38/2013, la Ley 12/2002, a cuyo régimen se someten los bienes que hayan obtenido la declaración de interés cultural para la Comunidad Autónoma de Castilla y León, no contiene una exclusión respecto a la aplicación de dicho régimen en cuanto a los archivos de titularidad estatal y a los documentos que en ellos se encuentran recogidos. Esto implica que la declaración de bien de interés cultural, efectuada en virtud del precepto impugnado, supone la sujeción al régimen de protección de los bienes muebles de dicha Ley y, por consiguiente, a la necesidad de obtener la autorización de la Consejería competente en materia de cultura de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para llevar a cabo cualquier actuación que suponga la modificación, restauración, traslado o alteración de la documentación protegida en los archivos de titularidad estatal a la que afecta la declaración de bien de interés cultural (arts. 32.2 y 45). Esto es, con tal declaración se condiciona el libre ejercicio de las competencias estatales sobre la documentación referida, con lo que se produce un menoscabo respecto de éstas que contradice el orden constitucional de distribución de competencias; situación que es predicable respecto de la documentación albergada en todos los archivos de titularidad estatal existentes en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, incluso de aquellos cuya gestión fue objeto de atribución en virtud de convenio suscrito el 5 de junio de 1986, pues, con independencia de que la Comunidad Autónoma pueda ejercer funciones de gestión, ni puede alterar unilateralmente el convenio, ni tiene más facultades normativas, ni*

9



CONSEJO DE ESTADO

*puede dictar otras normas que los reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa (STC 14/2013, de 14 de febrero, FJ 6)".*

Igualmente, la reciente STC 122/2014, de 17 de julio, ha anulado ocho artículos de la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid tras un recurso presentado por 57 senadores pertenecientes al Grupo Socialista y al Mixto por entender que al referirse a bienes que "tengan un valor excepcional" no se está precisando o concretando para la Comunidad de Madrid "la caracterización estatal de los bienes de interés cultural como los más relevantes", sino que "interfiere claramente" en un ámbito estatal. También se invoca en la Sentencia que uno de los artículos se anula por invadir "la competencia estatal en materia de defensa del patrimonio histórico contra la expoliación". Otro de los artículos de la ley es inconstitucional porque la "remoción" de un bien de interés cultural de su entorno es una "competencia exclusiva estatal". También la parte relativa a monumentos y jardines históricos ha sido anulado por apreciar que, "en la medida que regula un ámbito estrechamente ligado a la defensa del patrimonio histórico contra la expoliación, invade la competencia estatal".

La disposición final segunda del Anteproyecto, bajo la rúbrica "*Título competencia*", dispone que la proyectada ley se dicta al amparo de las reglas 1ª (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), 3ª (relaciones internacionales) y 28ª (defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas) del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española, y al amparo del apartado 2 del artículo 149: "*sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas*".

Q



Esta disposición final segunda del Anteproyecto está en conexión con lo previsto en su exposición de motivos, cuyo apartado IV ("La competencia del Estado") explica *"cómo se insertan las competencias que el Estado ejercita en la presente ley"*.

En concreto, la exposición de motivos del Anteproyecto señala que la regulación que pretende esta norma viene amparada en la doctrina del Tribunal Constitucional (se citan las Sentencias 17/1991 y 49/1984) que justifica la competencia del Estado en cuanto que habrá de desplegarse en el área de preservación del patrimonio cultural común y en todo aquello "que precise de tratamientos generales o que haga menester su acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias". Así, dice la exposición de motivos que precisamente lo que se trata de ofrecer es un "tratamiento general" de una materia necesitada de ello pues el contexto del año 1985, en el que se aprueba la Ley del Patrimonio Histórico Español, explica el tratamiento sucinto y limitado que la ley hace al "patrimonio etnográfico" como patrimonio especial en los artículos 45 y 46, hoy, a su entender, claramente insuficiente. Por eso la exposición de motivos insiste en varias ocasiones que se está ante un "tratamiento general" teniendo en cuenta que la Ley proyectada se limita a perfilar un conjunto de líneas maestras que no impiden que a su vez las Comunidades Autónomas, en virtud de la regla de concurrencia normativa que las ampara, puedan dictar asimismo sus regulaciones específicas sobre la misma materia.

Por otro lado, el Título III del Anteproyecto (artículos 10, 11 y 12) se refiere a las "Competencias de la Administración General del Estado". Y, en concreto, el artículo 10, bajo la rúbrica "*Competencias*", se refiere a las cuatro siguientes partes: (i) base competencial; (ii) descripción general de funciones; (iii) actuaciones relativas a la comunicación cultural y (iv) actuación internacional del Estado en la materia. En cuanto a la base competencial, el precepto proyectado -artículo 10.1- se detiene a desglosar aquellos preceptos constitucionales que fundamentan el dictado de la norma. Debe destacarse en este punto la remisión expresa a los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 44 y 46 de la Constitución Española que, respectivamente, encomiendan a los poderes públicos la promoción y tutela del

Q



CONSEJO DE ESTADO

acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho, así como el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Pero también se hace referencia a los títulos que fundamentan la competencia de la Administración General del Estado para aprobar esta disposición legal que se proyecta y que ahora especialmente interesan a los efectos del análisis competencial. En concreto, el proyectado artículo 10 dispone lo siguiente en su apartado primero:

*“Corresponde a la Administración General del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1, reglas 1ª y 28ª, y 149.2 de la Constitución Española, garantizar la conservación del patrimonio inmaterial español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos sus diferentes manifestaciones. A tal fin, se adoptarán las medidas necesarias para facilitar su colaboración con los restantes poderes públicos y la de éstos entre sí, así como para recabar y proporcionar cuanta información fuera precisa a los fines de esta Ley”.*

La regla 1ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución atribuye al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. El hecho de que los bienes culturales se encuentren sujetos a limitaciones y cargas que garantizan su defensa, conservación y enriquecimiento, llevan a su consideración como una propiedad sujeta a un régimen especial, aunque se proyecte, como en este caso, sobre bienes inmateriales. Resulta claro que corresponde a la ley estatal, de acuerdo con el artículo 149.1.1ª y en conexión con el artículo 46 de la Constitución, delimitar ese concepto de patrimonio cultural español, de modo que puedan determinarse las categorías o clases de bienes culturales y el régimen jurídico básico de cargas y obligaciones a que puedan quedar sujetos “todos los ciudadanos” en el ejercicio de tales derechos y obligaciones.

Qu



CONSEJO DE ESTADO

La regla 3ª del artículo 149.1 reserva a la Administración General del Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales. Esta competencia asiste al Estado para la difusión internacional de los valores culturales que, estando presentes en las manifestaciones inmateriales de la cultura, se protegen como parte integrante del Patrimonio cultural español. Hay que tener en cuenta, no obstante, como hace la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, que esas funciones pueden ser *“ejercitadas tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias respecto del patrimonio histórico y cultural, siempre que no se trate de actos generadores de responsabilidades del Estado con terceros, sean políticas o económicas (...) no cabe extender un título esencialmente político y propio de las relaciones entre Estados a un aspecto tan singular, utilizándolo para negar a las Comunidades Autónomas toda posibilidad de actuar en la difusión o intercambio cultural de su Patrimonio Histórico o de promover sus valores culturales fuera de España, siempre que con ello no se comprometa la soberanía nacional ni se generen responsabilidades del Estado frente a terceros...”* (Fundamento Jurídico 6º). Por tanto, hay que tener presente que al invocar su competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales, esa competencia en cuanto a la difusión internacional de los bienes integrantes del patrimonio cultural debe ejercerse con respeto a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas a las que el Estado no puede vedar la posibilidad de que, en ejercicio de sus competencias en la materia, puedan desarrollar actuaciones de difusión internacional de su patrimonio cultural, en este caso, inmaterial.

*De*  
Conviene recordar a este respecto que la Ley 16/1985 no se refiere a esta regla tercera pese a dictarse sobre los mismos parámetros constitucionales que el Anteproyecto examinado. No obstante, mientras que la disposición final segunda del Anteproyecto invoca expresamente la regla 3ª no ocurre así con el artículo 10.1 del mismo Anteproyecto que tan solo se refiere a las reglas 1ª y 28ª del artículo 149.1, por lo que, en todo caso, deberían coordinarse ambas disposiciones invocando tanto en un caso como en otro las mismas reglas del artículo 149.1 de la Constitución en que se ampara la norma proyectada.



CONSEJO DE ESTADO

Y la regla 28ª del apartado 1 del artículo 149 atribuye al Estado la competencia exclusiva para la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas. Este concepto de patrimonio cultural, artístico y monumental español se inserta en el concepto de cultura. No puede establecerse un reparto competencial automático y exclusivo toda vez que se hace necesaria una intervención, muchas veces paralela y concurrente, que encuentra su complemento en el artículo 149.2 de la Constitución, justificando, como se hace a lo largo de la STC 17/1991, una competencia estatal que, respetando las asumidas estatutariamente por las Comunidades Autónomas, va más allá de las actuaciones únicamente enfocadas a la lucha contra la expoliación y exportación.

Por último, el apartado 2 del artículo 149 de la Constitución señala que el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas y sin perjuicio de las competencias que éstas puedan asumir.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 17/1991, de 31 de enero, (en el mismo sentido, la más reciente STC 6/2012, de 18 de enero) al resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, manifestó, en el Fundamento Jurídico Segundo lo siguiente:

Qu

*"No hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y por tanto del genérico concepto constitucional de la 'cultura'; es posible por ello hallar en la referida integración fundamento para una competencia estatal más amplia que la derivada del concreto título antes dicho. Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar [SSTC 49/1984 (RTC 1984\49), 157/1985 (RTC 1985\157) y 106/1987 (RTC 1987\106)], «la cultura es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas...». «Esta es la razón a que obedece el artículo 149.2 C.E. en el que después*



*de reconocer la competencia autonómica se afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial", añadiendo en el FJ 3 de la reseñada Sentencia que "Debe, pues, afirmarse la existencia de una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura con una acción autonómica específica, pero teniéndola también el Estado «en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias» (STC 49/1984, ambas citadas)".*

Por tanto, esta línea de la jurisprudencia constitucional que considera la cultura como competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas parte de la STC 49/1984 y es reflejada, de un modo actualizado, por la STC 89/2012 en su Fundamento Jurídico 3º, marcando la conexión con el principio de colaboración con las Comunidades Autónomas:

*" ... al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional». Doctrina ésta que, en lo esencial, hemos reiterado, entre otras, en las SSTC 17/1991, de 31 de enero, FJ 3 (referida al patrimonio histórico-artístico); 71/1997, de 10 de abril, FJ 3 (relativa al sector del libro) y, recientemente, la STC 31/2010, de 30 de junio, FJ 73 (que examinó la conformidad del artículo 127 EAC 2006 con el orden constitucional de distribución de competencias) en la que subrayamos que el mandato al Estado contenido en el artículo 149.2 CE se realizará «de acuerdo» con las Comunidades Autónomas, «lo que implica antes una invocación genérica y de principio a la colaboración entre Administraciones que son titulares de competencias concurrentes en un ámbito material compartido, que el sometimiento del ejercicio de las competencias del Estado a la condición del consentimiento de las Comunidades Autónomas".*

Q



CONSEJO DE ESTADO

El título competencial prevalente es el 149.2 en el sentido dado por el Tribunal Constitucional, ya que la actividad estatal se vincula a la triple finalidad recogida en su reiterada jurisprudencia: (i) una preservación del patrimonio cultural común; (ii) que precise de tratamientos generales o (iii) cuando los fines culturales no puedan lograrse desde otras instancias. Por su parte, las Comunidades Autónomas han podido asumir competencias en materia de "patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma" (artículo 148.1.16ª de la Constitución) y de "fomento de la cultura" (artículo 148.1.17ª de la Constitución). Y, en efecto, todas ellas han asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias exclusivas en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental y arqueológico, dejando siempre a salvo la competencia del Estado prevista en el artículo 149.1.28ª de la Constitución. Asimismo, todas las Comunidades Autónomas han asumido también competencias exclusivas en materia de cultura.

De todo lo expuesto se desprende que el Tribunal Constitucional ha reconocido una gran amplitud a la competencia legislativa del Estado en materia de protección del patrimonio histórico. En todo caso, debe delimitarse el alcance de la intervención estatal que puede ampararse en este título. En este sentido, la tantas veces reiterada STC 17/1991, de 31 de enero, establece lo siguiente:

*"No cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultural, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma".*

Q

Y, en términos similares se ha pronunciado la STC 109/1996, de 13 de junio, cuando afirma que:

*"... la competencia sobre cultura no puede convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales, con el argumento de que*



*esos aspectos permiten una intervención superpuesta y duplicada. Debe tenerse presente que son muchas las materias competenciales específicamente contempladas en el bloque de la constitucionalidad que tienen un contenido cultural (...). La competencia sobre cultura no es, pues, un título que le permita al Estado realizar indistintamente las mismas actividades normativas y de ejecución que tiene atribuidas las Comunidades Autónomas en las muy variadas competencias que tienen ese contenido cultural. El Estado tiene reconocida una amplia capacidad para determinar cuales son museos y en general los bienes y establecimientos culturales que requieren una actuación unificada, pero respecto de los que han quedado bajo la titularidad exclusiva de las Comunidades Autónomas no puede retener exactamente las mismas facultades".*

Las Comunidades Autónomas cuentan con competencias exclusivas en cultura y en patrimonio cultural (histórico-artístico, monumental, arquitectónico, científico, etc...) y todas ellas han aprobado las leyes de protección del patrimonio cultural en las que se incluyen los bienes inmateriales ya citadas.

En cuanto a la capacidad del Estado para legislar en esta materia, ya la STC 17/1991, de 31 de enero, que analizó la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985, dejó claro que, sin perjuicio de las competencias exclusivas claras que ostentan las Comunidades Autónomas en sus estatutos, existe una *"general potestad del Estado para legislar en una materia tan amplia y variada como la relativa al Patrimonio Histórico, toda vez que la Ley analizada pretende establecer el estatuto peculiar de unos determinados bienes que, por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores a especial consideración y protección en cuanto que dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad Internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal"*.

La Ley 16/1985 también señalaba en su exposición de motivos que *"La presente Ley es dictada, en consecuencia, en virtud de normas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 149 de nuestra Constitución, que*

Q



CONSEJO DE ESTADO

*para el legislador y la Administración estatal suponen tanto un mandato como un título competencial*, sin concretar posteriormente en una disposición final -como sí que se hace en el Anteproyecto que ahora se analiza- la regla o reglas del apartado 1 en virtud de las cuales se procedía a tal regulación por el Estado.

En definitiva, la Ley 16/1985 lleva a cabo una distribución competencial que, básicamente, responde al siguiente esquema: (i) a la existencia de la propia Ley como norma general y su posterior desarrollo por leyes de las Comunidades Autónomas; y (ii) a la atribución del grueso de las competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas, excepto en lo referido a las intervenciones por parte de la Administración General del Estado exigidas en la propia Ley 16/1985, en lo referido a las actuaciones contra la expoliación y la exportación ilícita y en lo que se refiere a los bienes de dominio público y patrimoniales adscritos a esa Administración.

Hechas todas estas precisiones jurisprudenciales, a juicio del Consejo de Estado resulta adecuada la proyectada legislación desde la perspectiva constitucional pues, de acuerdo con lo expuesto en la exposición de motivos del Anteproyecto, las previsiones legislativas proyectadas establecen un *"tratamiento general"* del patrimonio cultural inmaterial a la luz del notable florecimiento conceptual así como de la conciencia social y, sobre todo, en el ordenamiento jurídico internacional, cuyo hito mayor es, como se ha expuesto, la aprobación de la Convención de la UNESCO en el año 2003. Dice la exposición de motivos en este sentido lo siguiente: *"que se está ante un tratamiento general queda claro en tanto la Ley se limita a perfilar un conjunto de líneas maestras que no impiden que a su vez las Comunidades Autónomas, en virtud de la regla de concurrencia normativa que las ampara, puedan dictar asimismo sus regulaciones específicas sobre la misma materia. Líneas generales son, en efecto, fijar un concepto básico y general de patrimonio inmaterial, determinar los principios y derechos fundamentales implicados en el presente patrimonio, establecer los mecanismos administrativos y orgánicos generales de inserción del conjunto de patrimonio cultural inmaterial español (Censo General del Patrimonio Cultural Inmaterial Español), regular los instrumentos operativos de actuación (Plan Nacional de Patrimonio Inmaterial), así como el sentar las finalidades generales de los diferentes ámbitos y sectores (centros de depósito cultural, educación, medios de comunicación*

Q



CONSEJO DE ESTADO

*social...)* que, de acuerdo con la Convención de la UNESCO, pueden ser de gran ayuda para una mejor salvaguardia y conocimiento del patrimonio inmaterial".

En efecto, son principalmente cuatro las funciones ejecutivas que el Anteproyecto atribuye a la Administración General del Estado en materia de protección de patrimonio cultural inmaterial y cuya adecuación al orden constitucional debe revisarse. Siguiendo el esquema empleado por la memoria, se procede a examinar estos cuatro ámbitos:

a) La potestad de otorgamiento de la protección

Al igual que sucede en la Ley 16/1985, las competencias ejecutivas del Estado que se plasman en el Anteproyecto son residuales y se despliegan únicamente en determinadas circunstancias, correspondiendo principalmente la protección del patrimonio, tanto mueble, inmueble, como inmaterial a las Comunidades Autónomas, conforme a sus Estatutos y leyes reguladoras.

En efecto, el Anteproyecto no ignora que donde desarrollan las Comunidades Autónomas principalmente su actividad es en la competencia ejecutiva general sobre los bienes culturales, que abarca su declaración y la gestión subsiguiente. Lo anterior, al igual que en el caso de la vigente Ley 16/1985 no es óbice para que pueda haber otro tipo de declaraciones de los bienes que se consideran particularmente relevantes para sus expresiones culturales propias, como es la declaración de UNESCO y la de la Administración General del Estado a través de la declaración de un bien como "Manifestación Representativa del Patrimonio Inmaterial" (artículo 11 del Anteproyecto).

En la Ley 16/1985 la actividad declarativa del Estado sobre los Bienes de Interés Cultural se extiende a los bienes de su titularidad, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación



CONSEJO DE ESTADO

- 88 -

ilícita y la expoliación; también los declarados por ministerio de la ley o mediante Real Decreto de forma individualizada (artículos 6 y 9 de la Ley 16/1985).

Al igual que sucede en este antecedente, el Anteproyecto configura las competencias estatales de declaración y adopción de medidas de salvaguardia de un modo residual, que únicamente se despliegan en los casos tasados previstos en el artículo 11, a saber: cuando superen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y los instrumentos de cooperación se revelen ineficaces para lograr la debida protección; cuando el bien inmaterial objeto de salvaguardia no pueda separarse del imaginario y la tradición española en su conjunto y no se vincule a región alguna en particular; cuando la consideración en conjunto del bien inmaterial objeto de salvaguardia requiera una consideración unitaria para su comprensión; cuando tenga por objeto aquellas manifestaciones culturales inmateriales que puedan aparecer asociadas o vinculadas a los servicios públicos de titularidad estatal o a los bienes adscritos a Patrimonio Nacional; y cuando la manifestación posea una especial relevancia y trascendencia internacionales vinculada al imaginario general que desde el exterior se tenga de ella.

Es decir, los supuestos en los que la Administración General del Estado puede intervenir se adecuan a las exigencias derivadas de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, que reconoce la legitimidad de la actividad estatal cuando concurren los siguientes requisitos arriba citados: a) que persiga una preservación del patrimonio cultural común, b) que precise de tratamientos generales o c) cuando los fines culturales no puedan lograrse desde otras instancias.

#### b) Expoliación y exportación

El artículo 149.1.28 de la Constitución atribuye al Estado la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español

Q



contra la exportación y la expoliación. De acuerdo con ello, el Anteproyecto regula en sus artículos 12 al 14 las particularidades de la intervención del Estado en los casos de expoliación de los bienes declarados Manifestación Representativa del Patrimonio Inmaterial y de exportación de los bienes muebles asociados. En el caso de la expoliación, se articula una nueva técnica específica de protección a favor del Estado que, siguiendo la pauta de la Convención de la UNESCO de 2003, se concreta en la inclusión del bien inmaterial afectado en una lista de bienes inmateriales en peligro en tanto no se produzca la debida acción ordinaria de protección que corresponda.

Por lo que se refiere a la defensa frente a la exportación (artículo 12 del Anteproyecto), se circunscribe estrictamente a aquellos supuestos en los que la salida hacia el exterior del soporte material que puede acompañar con frecuencia el bien cultural inmaterial privara, o desnaturalizara, el desenvolvimiento normal de la práctica cultural o el cumplimiento de su función social a través de los valores de que ésta es portadora por su comunidad de origen.

c) Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural

El Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural es un instrumento de gestión y cooperación interadministrativo que facilita la coordinación entre las Administraciones y encaja sin mayor dificultad en la competencia de facilitar la comunicación cultural, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, prevista en el artículo 149.2 de la Constitución. Téngase en cuenta que el actual plan vigente, al igual que sus homólogos Planes Nacionales de Catedrales, patrimonio industrial, paisaje, cultura, arquitectura defensiva, abadías, monasterios y conventos, etcétera, traen cuenta de la activa colaboración en la materia entre las Administraciones del Estado y Autonómicas, en el seno del Consejo de Patrimonio Histórico.

Q



En este sentido, ha venido afirmando el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones que "no puede reducirse ni confundirse las manifestaciones específicas de coordinación que aparecen en nuestra Constitución (artículos 149.1, 13ª, 15ª, 16ª, etc.) como competencia adicional a una competencia normativa limitada, con las funciones generales de coordinación que corresponden al Estado cuando sus competencias normativas son plenas, dado que aquél no puede desentenderse en absoluto de la ejecución autonómica de la legislación estatal.

**d) Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial**

Finalmente, el Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial, previsto en el artículo 14, incluye la identificación de los bienes declarados por las Comunidades Autónomas con el máximo nivel de protección, así como los protegidos por la Administración General del Estado bajo la categoría de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial.

En caso similar, la STC 17/1991 falló a favor de la suficiente competencia estatal para regular los instrumentos gestionados por el Estado y previstos en la Ley 16/1985: Registro General en donde se inscribirán los bienes previamente declarados de interés cultural (artículo 12.1 de la Ley 16/1985), expedición de un título oficial que les identifique (artículo 13.1), confección de un inventario general de los bienes del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia (artículo 26), confección de un censo del patrimonio documental y de un catálogo del patrimonio bibliográfico (artículo 51), inclusión de los bienes integrantes del patrimonio documental y bibliográfico que tengan singular relevancia en una sección especial del Inventario General (artículo 53). En este sentido prevé la citada Sentencia lo siguiente:

*"Tales registros, catálogos o censos, en la medida en que se constituyen como el elemento formal imprescindible para ejercer exclusivamente las competencias en la defensa del Patrimonio Histórico Español, constitucionalmente asignadas al Estado (art. 148.1.28), no le agregan*

*De*



CONSEJO DE ESTADO

*competencia alguna ni privan de ellas a las Comunidades, ni pueden ser considerados contrarios a la Constitución. Su necesaria existencia no implica, pues, negar la posibilidad de que se creen los instrumentos equivalentes en el seno de aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia, pues las normas cuya constitucionalidad se cuestiona no excluyen la existencia de estos últimos (...) es de ese modo como su contribución [la del Estado] a la cultura general se muestra organizadamente y con alcance general, justificando así la competencia de aquél para facilitar la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas”.*

Finalmente, hay que tener en cuenta que, además de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas ya referidas, el artículo 46 de la Constitución se refiere a los “poderes públicos”, lo que incluye también la intervención de otras Administraciones públicas como la Local, en desarrollo también de las previsiones constitucionales de los artículos 137, 140 y 141. La propia Ley 16/1985, en su artículo 7, menciona las funciones de cooperación en esta materia con las Comunidades Autónomas y además incluye la obligación municipal de redactar Planes especiales de protección para los Conjuntos históricos, Sitios Históricos, o Zonas arqueológicas declarados como Bien de Interés Cultural por el Estado o las Comunidades Autónomas. Son también varias las previsiones que se hacen en la normativa reguladora del régimen local al patrimonio histórico (i.e., el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado en virtud del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, y diversos preceptos del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, además de otras muchas previsiones sectoriales que tienen incidencia en el régimen del patrimonio histórico cultural como, por ejemplo, la mención a que se refiere el artículo 21.2.e) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, donde los Ayuntamientos, a través de la correspondiente licencia urbanística, velarán por el hecho de si las construcciones pueden ser demolidas por carecer o no de interés histórico o artístico o no formar parte de un conjunto monumental), además de las constantes medidas y actuaciones que las Corporaciones locales llevan a cabo en materia de cultura.

Q



CONSEJO DE ESTADO

Por tanto, de todo ello se deriva que la posición de las Administraciones Locales en la legislación sobre patrimonio histórico se ha caracterizado por ser consideradas como meros órganos colaboradores del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esa misma conclusión se desprende del Anteproyecto, además de la jurisprudencia dictada en esta materia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000 afirma que "(...) *ya que sobre la materia del Patrimonio Histórico Artístico, como se ha referido y la Ley 16/1985 precisa, los Ayuntamientos sólo son órganos cooperadores y no tienen facultades decisorias, aunque sí están obligados a poner en conocimiento del órgano competente cualquier amenaza, daño o perturbación sobre los bienes a que se refiere la Ley 16/1985 e incluso a adoptar medidas cautelares, pero no obviamente a decidir, ni menos a utilizar las potestades que en materia de concesión de licencias tienen, para sustituir al órgano designado por la ley, en materia de ejecución, conservación y custodia del Patrimonio Histórico Artístico*" (Fundamento de Derecho Tercero, *in fine*). Todo ello sin perjuicio de que para el caso de que las Entidades Locales no atendieran al genérico deber legal de conservar y proteger su patrimonio, sería el Estado o las Comunidades Autónomas los que interviniesen sustituyendo tales omisiones: "... *si por el contrario, resulta que las actuaciones municipales no protegen suficientemente ese acervo espiritual que representa el Patrimonio Artístico, el Estado tiene que actuar para impedir su destrucción, no sólo de las obras o edificios en concreto, sino del entorno que las enmarca, pues tanto se ataca a ese Patrimonio si se destruyen aquellos edificios, como si se deterioran o se prescinde del entorno en que se ubican*" (Sentencia de 15 de febrero de 1978, considerando cuarto).

9

El Anteproyecto se refiere a las Administraciones locales en los artículos 3 y 7, en concreto, en el ámbito de los principios generales se dispone que "las actuaciones de los poderes públicos sobre los bienes del Patrimonio Cultural Inmaterial que sean objeto de salvaguardia por la Administración General del Estado, por las Comunidades Autónomas o por las Corporaciones Locales deberán respetar, en su diseño y desarrollo, los siguientes principios generales". Y, con relación a las medidas de información y sensibilización, el Anteproyecto prevé que "La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales,



CONSEJO DE ESTADO

en el ejercicio de sus respectivas competencias, y en el marco del Plan Nacional de Salvaguardia de Patrimonio Cultural Inmaterial, podrán promover medidas tendentes a informar y sensibilizar a la población sobre las características y valores del Patrimonio Cultural Inmaterial y las amenazas que pesan sobre él" (artículo 7 del Anteproyecto), previsiones que, a juicio del Consejo de Estado, no son objetables desde el punto de vista constitucional.

**g) La protección jurídica y medidas a llevar a cabo por parte de las Administraciones públicas**

La regulación proyectada supone, básicamente, la incorporación al ordenamiento jurídico de la acción protectora que debe ejercer la Administración a través de una serie de instrumentos a los que se refieren los artículos 11 y siguientes de la Convención para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial tales como los inventarios nacionales de actualización regular, la designación o creación de órganos gestores competentes como instituciones de documentación con facilidades de acceso público, el fomento de estudios científicos y técnicos, la creación o fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, la educación, la sensibilización y las medidas que garanticen el acceso a la ciudadanía. Entre los principales propósitos, por tanto, del Anteproyecto, se encuentra la contribución a estos objetivos a través de la declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial o de la elaboración de un Inventario Nacional de Patrimonio Cultural Inmaterial o por medio de un Plan Nacional homónimo.

Una de las principales dificultades a las que se enfrenta este patrimonio como ya se ha anunciado en otros apartados del presente dictamen es con relación a su acción protectora y la adopción de medidas de salvaguardia que resulten eficaces para la defensa, conservación y promoción del patrimonio cultural inmaterial sometido, por su propia naturaleza e identidad, a influencias exteriores que lo hacen especialmente vulnerable, por lo que este Consejo de Estado valora positivamente la adopción de estas medidas legislativas tendentes a favorecer tal protección en sintonía con la Convención de 2003.

Q



CONSEJO DE ESTADO

A tal fin, el Anteproyecto desarrolla en el Título II, bajo la rúbrica "Régimen General del Patrimonio Cultural Inmaterial", una serie de principios generales que deben respetar las actuaciones de los poderes públicos de salvaguardia de los bienes de este tipo de patrimonio cultural inmaterial que sean objeto de protección. En concreto, el artículo 3 hace referencia a los derechos fundamentales y libertades públicas, así como la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres; protagonismo e importancia de las "comunidades portadoras del patrimonio"; conexión del bien inmaterial con los bienes muebles e inmuebles a él vinculados y el tratamiento integral de ambas dimensiones material e inmaterial; el principio de participación, con el objetivo de facilitar el protagonismo de los grupos; el principio de accesibilidad, conocimiento y disfrute; el principio de comunicación cultural como garante de la interacción, reconocimiento y respeto mutuo entre las manifestaciones culturales inmateriales; el dinamismo inherente al Patrimonio Cultural Inmaterial, y la sostenibilidad de las manifestaciones culturales inmateriales para evitar las alteraciones cuantitativas y cualitativas de sus elementos ajenas a las comunidades portadoras.

El Consejo de Estado considera que entre los principios recogidos en la letra a) del artículo 3 deben incluirse, además de los derechos y deberes fundamentales, los principios y valores contenidos en la Constitución y en los tratados y normas de la Unión Europea (téngase en cuenta por ejemplo el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea), a fin de evitar una protección o salvaguardia por el Estado de aquello que, en nombre de la cultura, sin embargo, fuera contrario a la esencia de los valores comunes a todos los pueblos que integran la Unión Europea; o, dicho de otro modo, tendrá sentido salvaguardar la identidad nacional pero no contra la esencia misma del sistema de valores que conforman la Unión.

Q

En íntima conexión con dichos principios generales, el artículo 4 ordena a las administraciones públicas competentes velar por el respeto y la conservación de aquellos lugares, espacios, itinerarios y de los soportes materiales empleados en los bienes inmateriales objeto de protección como manifestaciones inmateriales de la cultura; se indica asimismo que los bienes muebles y espacios vinculados al desenvolvimiento de las manifestaciones culturales inmateriales podrán ser objeto de medidas de protección urbanística



CONSEJO DE ESTADO

y de ordenación del territorio por parte de las administraciones competentes. En este sentido el Consejo de Estado valora favorablemente esta particular previsión sobre la protección de los soportes materiales asociados al patrimonio inmaterial circunstancia que, no obstante, pone de manifiesto, una vez más, la estrecha vinculación entre uno y otro tipo de patrimonio a los efectos de una conjunta regulación como se ha apuntado en el apartado e) de estas consideraciones. En este particular punto, recuérdese a modo de ejemplo que la Ley 16/1985 ya hace referencia detallada a la legislación urbanística en sus artículos 20 y siguientes con relación a las declaraciones de conjunto histórico, sitio histórico,... obligando al municipio o municipios afectados a adoptar las medidas previstas en la legislación urbanística *"cumpliendo en todo caso con las exigencias en esta Ley establecidas"* (artículo 20.1). El Anteproyecto reitera ahora, aunque de un modo más genérico, que *"los bienes muebles y espacios vinculados al desenvolvimiento de las manifestaciones culturales inmateriales podrán ser objeto de medidas de protección urbanística y de ordenación del territorio por parte de las Administraciones competentes"* (párrafo tercero del artículo 4) remitiéndose a la propia Ley 16/1985 del siguiente modo: *"En ningún caso dichas medidas de protección supondrán una restricción a las facultades de los propietarios o titulares de derechos sobre dichos bienes. Para que puedan darse tales limitaciones será preciso seguir, en su caso, los procedimientos previstos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español"*.

Por otro lado, ninguna previsión se recoge en el artículo 4 para el caso de que los bienes inmuebles asociados pudieran merecer una protección superior que exigiera una declaración del bien inmueble material asociado como "bien de interés cultural", siendo prudente que se establecieran las correspondientes remisiones a la Ley 16/1985 a estos efectos y se conectase con las previsiones contenidas en dicha norma.

Una última cuestión de orden sistemático merece formularse atinente a este artículo 4 relativo a la protección de los bienes materiales asociados en relación con el artículo 12 ("Expoliación y exportación"). Este último precepto trata de las medidas a adoptar por la Administración General del Estado *"que resulten procedentes para la defensa frente a la exportación y la expoliación de los bienes materiales asociados"*. Y así, los apartados 2 y 3



CONSEJO DE ESTADO

del artículo 12 se refieren, respectivamente, al expolio y a la exportación de estos tipos de bienes con expresa remisión a las normas previstas en la Ley 16/1985 y a las medidas que deben llevarse a cabo ante la posible pérdida del bien material asociado o del menoscabo de su función social.

Siendo ello así, sería más adecuado que, por razones de mejora sistemática, ambos preceptos –los artículos 4 y 12- fueran continuos, sugiriendo a este respecto trasladar el artículo 12 al Título II, a continuación del artículo 4. De aceptarse tal recomendación, habría, lógicamente, que proceder a la reenumeración de los artículos ahora proyectados.

Por otro lado, la Convención se refiere a otras medidas de salvaguardia positivas señalando en sus artículos 13 y siguientes que cada Estado Parte hará todo lo posible por adoptar una política general encaminada a “realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación”; “designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio”; “fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del patrimonio cultural inmaterial, y en particular del patrimonio cultural inmaterial que se encuentre en peligro”; “adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión; garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio; crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas”. Asimismo la Convención impele a los Estados a poner en marcha programas educativos, de sensibilización y de difusión de información y “mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio” (artículo 14) así como tratar de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo.



CONSEJO DE ESTADO

Pues bien, el Anteproyecto atiende adecuadamente a estas encomiendas de la Convención en sus artículos 5 a 9, sobre la base del respeto a los ámbitos competenciales no solo de las Comunidades Autónomas sino también de las Corporaciones locales o de la propia autonomía universitaria. En concreto, el artículo 5 garantiza que por parte de las Administraciones públicas competentes se dé la adecuada transmisión, difusión, y promoción de las manifestaciones inmateriales de la cultura, debiendo permitir y, en caso de que la normativa sectorial autorice a su vez actuaciones de difusión, transmisión y promoción de las manifestaciones inmateriales de la cultura. Se indica asimismo que las Administraciones públicas promoverán la transmisión a las nuevas generaciones de los conocimientos y oficios en previsible peligro de extinción. El artículo 6 regula las medidas de carácter educativo, y en él se indica a las Administraciones educativas y universitarias la necesidad de inclusión del conocimiento y el respeto al Patrimonio Cultural Inmaterial entre los contenidos educativos de sus enseñanzas respectivas. El artículo 7, que lleva por rúbrica "medidas de información y sensibilización", habilita a las Administraciones públicas a promover medidas para sensibilizar a la población sobre las características y valores del Patrimonio Cultural Inmaterial y de las amenazas que pesan sobre él en el marco del Plan Nacional. El artículo 8 regula la "garantía del disfrute público", remitiendo como referencia al Plan descrito en el artículo 13 para la elaboración por parte de las Administraciones públicas de las medidas que garanticen el acceso de la ciudadanía a las distintas manifestaciones inmateriales de la cultura. En particular, se indica que las instituciones museísticas promoverán el desarrollo de acciones de investigación, preservación, y difusión de los valores del patrimonio cultural inmaterial relacionados con sus colecciones. Y el artículo 9 aborda específicamente el principio de comunicación cultural entre Administraciones públicas contenido en la Constitución Española, señalando que éstas propiciarán de común acuerdo, la comunicación cultural entre ellas, el conocimiento de la pluralidad del patrimonio cultural de los españoles, los pueblos de España y otras comunidades.

A todas estas medidas a que se refiere el Anteproyecto hace también alusión la Ley 16/1985 en varios de sus preceptos de un modo más completo y respecto de las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya considerando que *"existe un deber general de colaboración entre el Estado y*



CONSEJO DE ESTADO

*las Comunidades Autónomas que no es preciso justificar mediante preceptos concretos (y que se ve reforzado por el mandato del art. 149.2), porque es de esencia al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución; de modo que la previsión genérica de medidas que faciliten «su» colaboración y el mutuo intercambio de información en materia de Patrimonio Histórico, no sólo no puede considerarse contrario a la Constitución, sino exigido por el art. 149.2 C.E. porque además el precepto habla de «facilitar (no imponer) esa colaboración» (la de Administración del Estado), con los restantes poderes públicos y la de éstos entre sí» (STC 17/1991, de 31 de enero).*

Por tanto, nada tiene que objetar el Consejo de Estado con carácter general a las diversas medidas ahora proyectadas. No obstante, y sin perjuicio de las consideraciones ya formuladas acerca de la más adecuada integración de ambas normas con el fin, entre otros, de evitar reiteraciones de este tipo, se echa en falta una remisión del Anteproyecto a las disposiciones de la Ley 16/1985 en este punto, máxime cuando los bienes integrantes del patrimonio cultural inmaterial forman parte del Patrimonio Histórico Español según reza la propia disposición final primera proyectada. A modo de ejemplo, el artículo 9 del Anteproyecto se limita a señalar que *“las Administraciones públicas propiciarán, de común acuerdo, la comunicación cultural entre ellas...”* y que el Plan Nacional *“incluirá bases y líneas de colaboración para el impulso de la comunicación cultural”*. Ninguna alusión se hace a la tarea encomendada por la Ley 16/1985 al Consejo de Patrimonio Histórico sobre la comunicación y el intercambio de programas de actuación e información en materia de patrimonio (*vid.* artículo 3.1 de la Ley 16/1985). Y lo mismo podría decirse con relación con las medidas de información y sensibilización respecto de las cuales, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo del Patrimonio Histórico, existen otras instituciones consultivas de la Administración del Estado implicadas como es el caso de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ... (*vid.* artículo 3.2 de la Ley 16/1985). A ninguna de ellas se refiere el Anteproyecto que se limita también en este punto a señalar (artículo 7) que las Administraciones públicas en el marco de sus competencias y en el del Plan Nacional de Salvaguardia de Patrimonio Cultural Inmaterial, *“podrán promover medidas tendentes a informar y sensibilizar a la población sobre las*

Q



CONSEJO DE ESTADO

*características y valores del Patrimonio Cultural Inmaterial y las amenazas que pesan sobre él.*

**h) La “Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial”**

En el Título III del Anteproyecto (artículos 10 a 12), tras referirse el artículo 10 a las cuestiones estrictamente competenciales –examinadas básicamente en el apartado f) de las consideraciones del presente dictamen-, el artículo 11 regula la facultad de declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, enumerando las posibles causas en las que los bienes deben incurrir para hacerse merecedores de la protección y las medidas de salvaguardia que les correspondan por parte del Estado. El precepto proyectado regula específicamente la posibilidad de que el Gobierno pueda otorgar una singular protección a los bienes culturales inmateriales mediante su declaración como Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial a través de Real Decreto, sin que ello obste a las acciones de declaración o significación que, con el fin de resaltar las especificidades o modulaciones que presentan en sus respectivos ámbitos territoriales, puedan realizar las Comunidades Autónomas. Se indican también los elementos esenciales que el procedimiento de declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial deberá respetar cuando sea desarrollado reglamentariamente. Finalmente, se regula lo referido a la resolución del expediente que declare un bien como Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial y los apartados que dicha resolución deberá contener.

 Teniendo en cuenta el complejo sistema competencial instaurado y las no pocas colisiones que en esta materia se han producido, convendría acotar o precisar más los diversos supuestos y circunstancias enumerados en el artículo 11.1 del Anteproyecto y que permiten a la Administración General del Estado declarar la protección y adoptar medidas de salvaguardia (principalmente, la declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial). Además, convendría a estos mismos efectos señalar que, en el supuesto que de la citada declaración pudieran derivar medidas de



CONSEJO DE ESTADO

fomento de contenido económico (subvenciones, etcétera), éstas serían gestionadas por las Comunidades Autónomas o en todo caso se arbitrarían los instrumentos necesarios a fin de garantizar la debida participación de estas en la gestión de dichas medidas.

Este complejo sistema competencial, la sensibilidad que por esencia es intrínseca a la naturaleza de la materia de patrimonio cultural inmaterial, así como la conveniencia de adoptar en estos temas el máximo consenso y prudencia exigen que la declaración de una determinada manifestación representativa de patrimonio cultural inmaterial deba realizarse por ley, como expresión de la máxima voluntad popular. Así se hace, por ejemplo con una figura muy similar en cuanto que representativa del patrimonio español, los Parques Nacionales, campo donde la competencia es normalmente de las Comunidades Autónomas pero el Estado puede intervenir excepcionalmente para aumentar la protección al resaltar simultáneamente la dimensión nacional del patrimonio, por lo que jurídicamente no plantea problema alguno que una Ley remita actos de aplicación, la declaración misma, a otra norma singular de igual rango. A mayor abundamiento esta garantía tiene también su reflejo en el ámbito internacional en la propia Convención de 2003, objeto de integración por el Anteproyecto, cuyo artículo 16 exige que sea la Asamblea General de los Estados Parte quien apruebe la creación, actualización y la publicación de la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad.

En consecuencia, el artículo 11 debe modificarse para introducir que la declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial se apruebe por Ley.

Por otro lado, y en este mismo sentido, convendría igualmente que en el procedimiento previsto se incrementase, de manera expresa, la participación de todas las Comunidades Autónomas (genéricamente, se hace alusión a un "trámite de información pública" o al "informe del Consejo de Patrimonio Histórico"), especialmente en aquellos procedimientos que, aun iniciados por acuerdo del órgano competente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, lo fueron a iniciativa de "dos o más Comunidades Autónomas" (según permite el artículo 11.4.a) del Anteproyecto). Sin embargo,

Q



CONSEJO DE ESTADO

trayendo de nuevo a colación los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, se recomienda la mayor participación posible de las Comunidades Autónomas en el procedimiento previsto en el artículo 11.4 del Anteproyecto, debiéndose en todo caso arbitrar un trámite de audiencia para las mismas.

También en el procedimiento se echa en falta la audiencia a los propietarios particulares de los bienes asociados al patrimonio cultural inmaterial así como a las Administraciones públicas implicadas cuyo patrimonio esté integrado por bienes o derechos también objeto de protección.

Hay que señalar que, aunque este artículo 11 describe el procedimiento para la declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial y se dice que la resolución de declaración deberá describir claramente el bien, enumerando los usos, representaciones, expresiones, conocimientos, ... (artículo 11.4 y 5 del Anteproyecto), sin embargo no prevé las consecuencias jurídicas, ni los efectos que, en su caso, se impongan para las Administraciones públicas o para los ciudadanos, cuestión que, a juicio del Consejo de Estado, podría desnaturalizar la eficacia de dicha declaración al no conocer exactamente qué se pretende con ella, más allá de su inclusión en el Censo General (artículo 14 del Anteproyecto) o que en el Plan Nacional puedan establecerse las medidas de protección de los bienes declarados Manifestaciones Representativas del Patrimonio Cultural Inmaterial (ex artículo 13.2.d) del Anteproyecto). Igualmente debería determinarse el ámbito de aplicación de las obligaciones de todas o parte de las Comunidades Autónomas afectadas, señalando exactamente los derechos y deberes que, en su caso, les incumban.

Finalmente, convendría que en el artículo 11 que regula la declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial se hiciera una expresa remisión al artículo 3 en cuanto al respeto a los principios generales allí recogidos.



CONSEJO DE ESTADO

**i) El Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y otros instrumentos de cooperación**

Por último, el Título IV del Anteproyecto se refiere a los instrumentos de cooperación y regula el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (artículo 13) y el Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial (artículo 14).

El artículo 13 hace referencia al Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial que aprobará el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y previo acuerdo del Consejo de Patrimonio Histórico. El Plan tiene como cometido principal desarrollar con las distintas Administraciones públicas *"una programación coordinada de actividades en función de las necesidades del Patrimonio Cultural Inmaterial a través de su Comisión de Seguimiento"*. Se define como un *"instrumento de gestión y de coordinación entre las Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas o privadas"* que deberá *"facilitar la información y la habilitación a nivel estatal de acciones que permitan la interrelación entre los distintos agentes, contemplar los criterios y metodologías de actuación más apropiados para el Patrimonio Cultural Inmaterial, así como alertar sobre los riesgos y amenazas a los que se puede ver expuesto. Además, deberá contener una relación de los programas y líneas de trabajo imprescindibles para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial..."*.

El artículo 13 alude al hecho de que dentro del Plan se preverán especiales actuaciones de fomento incardinadas en lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 27 de noviembre, General Presupuestaria, o en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Sin embargo, ninguna remisión se hace en dicho precepto a la Ley 16/1985 que expresamente, en su artículo 35, prevé que para la *"protección de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico (por tanto, estaría incluido el patrimonio cultural inmaterial) y al objeto de "facilitar el acceso de los ciudadanos a los mismos, fomentar la comunicación entre los diferentes servicios y promover la información necesaria para el desarrollo de la investigación científica y técnica se formularán periódicamente Planes Nacionales de Información sobre el Patrimonio Histórico Español"*. Dicho

Q



CONSEJO DE ESTADO

artículo prevé que será el Consejo del Patrimonio Histórico Español el que elaborará y aprobará los Planes Nacionales de Información.

Por tanto, sin perjuicio de los correspondientes ajustes que proceda realizar a fin de coordinar ambos preceptos, convendría una remisión del Anteproyecto al citado precepto como también se hace a la Ley 47/2003 o a la Ley 38/2003.

En cuanto a la vigencia, el apartado 3 del artículo 13 del Anteproyecto dispone que *"El Plan tendrá una vigencia de diez años y se revisará transcurridos los cinco primeros"*. Y la disposición transitoria única establece que *"la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 [debe decir artículo 13] de esta ley queda diferida hasta la aprobación de un nuevo Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que se deberá llevar a cabo en el plazo máximo de tres años"*.

La redacción que se incorpora en la última versión del Anteproyecto es más adecuada que las anteriores versiones que preveían la entrada en vigor de este precepto una vez concluyese la vigencia del actual Plan Nacional. Téngase en cuenta a este respecto que el Plan Nacional vigente fue aprobado el mes de octubre de 2011 por el Consejo de Patrimonio Histórico con una vigencia de 10 años, esto es, hasta el año 2021.

Finalmente, el artículo 14 (en conexión con la disposición final cuarta) regula el Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial. Aparte de las consideraciones que se han esgrimido en este punto desde la perspectiva competencial, ninguna objeción se formula a este precepto que trae causa, básicamente, de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de 2003:

*"1. Para asegurar la identificación con fines de salvaguardia, cada Estado Parte confeccionará con arreglo a su propia situación uno o varios inventarios del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio. Dichos inventarios se actualizarán regularmente."*



CONSEJO DE ESTADO

*2. Al presentar su informe periódico al Comité de conformidad con el Artículo 29 cada Estado Parte proporcionará información pertinente en relación con esos inventarios".*

El Censo General deberá contener tanto la identificación de los bienes inmateriales protegidos (en la medida de lo posible deberían incorporarse los bienes materiales asociados), como toda aquella información relativa a los mismos, incluyendo tanto aquellos que el Estado declare "manifestaciones representativas del Patrimonio Cultural Inmaterial" como los que declaren las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivas figuras de protección. El Gobierno determinará reglamentariamente la estructura y régimen de funcionamiento del Censo General de Patrimonio Cultural Inmaterial.

Únicamente vuelve a insistirse, de forma genérica, sobre la necesidad de establecer un sistema que permita ordenar racionalmente los distintos instrumentos de esta norma que se proyecta y, sobre todo, de la Ley 16/1985, en la que también se prevé la existencia de otros "Inventarios Generales".

**j) Otras observaciones adicionales de índole formal**

Finalmente, convendría efectuar una revisión general del texto en proyecto –además de aligerar la redacción para evitar que el texto en determinados casos resulte excesivamente pomposo-, pues se han advertido algunas erratas e incorrecciones, tanto en la exposición de motivos como en el articulado. Se señalan, entre otras, las siguientes:

- Qu
- Debe unificarse el uso de mayúsculas y minúsculas como por ejemplo cuando se refiere a la propia norma proyectada unas veces en minúscula ("ley", i.e., párrafo segundo del apartado IV de la exposición de motivos) y otras en mayúscula ("Ley", i.e., primer párrafo del subapartado B. del mismo apartado IV de la exposición de motivos). Lo mismo ocurre también con la expresión "Administraciones Públicas" (i.e., artículo 9) y "administraciones públicas" (i.e. artículo 13) o el término



- "declaración" (para referirse a la manifestación representativa del patrimonio cultural inmaterial) constando en mayúscula en el artículo 11.3 y en minúscula en el 11.2 y 4.
- En la pág. 9 del Anteproyecto, párrafo 3º, tercera línea in fine, debe decir "con" en lugar de "son". Y en ese mismo párrafo, en la penúltima línea, existe una errata, debiéndose decir "multiplicidad".
  - En la rúbrica del subapartado D. del apartado IV de la exposición de motivos se repite erróneamente la expresión "del patrimonio". Y en el primer párrafo del artículo 13.2 también hay una errata al repetirse dos veces "como".
  - Hay también que corregir varias remisiones a otros preceptos del propio Anteproyecto cuya causa puede estar en las diferentes numeraciones que se han ido dando a los artículos en las distintas versiones del Anteproyecto. Así, por ejemplo, el artículo 9 se remite al artículo 15 con relación al Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial cuando debería decir artículo 13, pues no existe ningún artículo 15 en la última versión del texto proyectado sometido a dictamen. Esta misma errata se advierte también en la disposición transitoria única.
  - Se sugiere también evitar el uso de las siglas y acrónimos en una norma jurídica, observándose en todo caso lo dispuesto en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Resolución del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. A tal efecto, debe suprimirse "MRPI" del artículo 11.3 y emplear la expresión completa "Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial", expresión que se emplea reiteradamente en todo el Anteproyecto tanto antes como después del referido acrónimo.
  - Finalmente hay que señalar que la última versión del Anteproyecto –no las anteriores– emplea casi siempre la expresión "salvaguardia" en lugar de "salvaguarda", incluido el título del mismo. Aunque el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española admitía hasta su vigésimo segunda edición (2001) ambas formas, actualmente el término "salvaguarda" remite a "salvaguardia" que es el que está

Qu



CONSEJO DE ESTADO

definido, siendo por tanto correcto el empleo de la expresión por el Anteproyecto debiéndose corregir y unificarse esta expresión en todo el texto y, en concreto, en el artículo 12.2.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones expuestas en el presente dictamen puede V. E. elevar el Anteproyecto de Ley sometido a consulta al Consejo de Ministros para su aprobación y su posterior remisión, como proyecto de ley, a las Cortes Generales."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 25 de septiembre de 2014

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE.

